

## カナダにおける立法事実

著者	宮原 均
著者別名	Hitoshi Miyahara
雑誌名	東洋法学
巻	61
号	1
ページ	388(1)-325(64)
発行年	2017-07
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1060/00008925/">http://id.nii.ac.jp/1060/00008925/</a>

《論 説》

カナダにおける立法事実

宮 原 均

はじめに

憲法判断において求められているのは、いうまでもなく、憲法の意味がいかなるものかということである。これを探るためには、憲法の条文を参照し、その辞書的な意味を検討するだけではなく、憲法制定過程における議論等を参照することが行われる。しかしながら、こうした事実の参照により、憲法の意味を明らかにすることにはいくつか問題がある。

まず、制定過程において議員等は、様々な意見を述べている。しかし、それらは彼ら個人の意見であって、議論のプロセスの一部に過ぎず、組織体としての制定会議そのものの最終・確定的意見ではおよそない。憲法の客観的意味を理解するために、どの意見を、いかなる基準により、取捨選択すべきか、難しい問題である。

次に、制定当時における憲法の意味が確定されたとしても、それをもって現在の意味とすることは果たして妥当であろうか。ここに、通常の制定法律とは異なる憲法解釈のむずかしさがある。制定法律の場合、時代の要請に敏感に反応し、その時々多数派の考え方によって制定・改廃が行われる。したがって、制定当時存在した客観的

な意味が重要である。

一方、憲法は、これらを導く「価値」「政策」を提示し、その改正には厳格な手続と要件を課することによって（硬性憲法）、国家の土台として一定の方向性を示している。しかし、同時に、時代の要請に柔軟に対応しなければならず、その文言は包括・一般的なものとならざるを得ない。そのため、その意味するところを明らかにするためには、制定当初の意味にとどまらず、その時代ごとに憲法をとり巻く「事実」を参照することが必要である。<sup>(1)</sup>

このことは、特に国民の権利・自由が問題になった場合に顕著である。例えば、高度情報化社会の急速な発展、情報機器の飛躍的進歩という「事実」を考慮しなければ、表現の自由や刑事手続における自由の意味を理解することは不可能であることから明らかであろう。<sup>(2)</sup>

ところで、憲法判断は、法令が憲法に照らして、有効・無効かという形で示されることが多いが、この場合にも事実の果たす役割は大きい。<sup>(3)</sup> こうした判断において重視されるのが、法令の「目的」と「効果」である。<sup>(4)</sup> 法令が、現実に、どのような「目的」を有し、いかなる「効果」を生じているのか、この点についての判断には「事実」が大きな役割を果たしている。<sup>(5)</sup>

このような事実とは、社会科学の専門家の調査・研究に基づいて認定されることが多いが、その見解は、必ずしも統一されずに対立し、また、その内容には、論者の予測が反映されていることもある。<sup>(6)</sup> もしも議会が、これらの中から、特定の見解を選択し、それに基づき立法したならば、裁判においては、他の見解に基づいて、その法律が攻撃されることがあり得る。この場合、裁判所は、いかなる理由・方法により、いずれの見解を「事実」として認定すべきなのか、問題になる。<sup>(7)</sup> これについては、「法律の有効性の推定」という考え方が重要である。すなわち、その法律の有効性を支える「事実」が存在していることがまず前提とされているのである。<sup>(8)</sup>

以上のように、憲法の意味、法令の合憲性を検討する場合に、「立法事実」は大きな役割を果たしている。<sup>(9)</sup>そこで、本稿においては、この点についてカナダにおける議論を、主として学説を中心にまとめた。カナダは周知の通り、日本と同様、憲法判断においては具体的審査制が採られている。つまり、現実・具体的な争訟の提起を待ち、それを解決するのに必要な限りでの憲法判断が、通常裁判所においてなされる。

したがって、裁判所が扱う「事実」はいわゆる司法事実が中心であった。それにもかかわらず、争訟の解決のために適用されるべき法律の憲法判断については、訴訟当事者の事実とはひとまず区別される、立法事実の検討が求められる。<sup>(10)</sup>ここに、伝統的な裁判所による事実認定の方法等に修正が加えられるべき必要性が生じているが、未だ十分とはいえない。この点は、日本においても同様と考えられ、カナダの議論は日本においても何らかの参考になるのではないかと考えた。

そこで本稿の構成であるが、まず、立法事実の認定に関して、カナダにも大きな影響を与えている、アメリカのブランダイス・ブリーフについて紹介し、その中で、司法事実と立法事実、司法確知と証拠、それぞれの違いや性質について説明する。

次に、証拠の法廷からの排除ないし提出可能性の議論に関し、立法沿革における議員や大臣の発言を例に検討する。ここでは、議員の発言への免責特権の問題や内閣の一体性及び発言への萎縮的效果の問題も関連していることが重要である。

更に、司法確知の対象が、従来、「著名・争いのない事実」に限定されていたものが、法令の憲法判断が問題となった場合には、その範囲を拡張することが期待されていることを指摘する。しかしながら、それと同時に、限界があることも確認する。法律を支える社会科学の事実は、本来、相対的で論争的であり、議会は、そうした対立の

中から一定の事実や判断を選択しつつ立法している。そこで、裁判所は、自らが選択した事実を、議会の選択したところに代置させることは困難であると考えられる。<sup>(11)</sup> 法律の有効性の推定、合理性の基準は、立法事実の認定という観点からも説明できるとしている。

## 第一章 ブランダイス・ブリーフと司法確知

### 憲法判断における「司法事実」と「立法事実」

裁判所による憲法判断に際して問題となる「事実」を議論する際に、まず、司法事実 adjudicative facts と立法事実 legislative facts の二つを区別することが必要である。<sup>(12)</sup> 前者は現に法廷に存在し、法令の適用を受ける当事者に関する事実である。具体的にいえば、何時、どこで、何を、どのように、行っただかという事実である。これに対して後者は、立法を支える、社会・経済的な諸状況に関しての、一般的性質を有する事実である。<sup>(13)</sup> 事実をこのように二つに分ける考え方は、アメリカのデイビスの考え方に端を発するとされているが、<sup>(14)</sup> カナダの裁判所においても広く受け入れられ、最高裁もその有用性を肯定している。<sup>(15)</sup> これに加えて、憲法事実 constitutional facts という用語もあり、これは主として立法事実を指すことが多いようである。<sup>(16)</sup>

しかしながら、従来、裁判で問題になるのは、ほとんどが司法事実であったため、これを検討するためのルールも、司法事実を念頭に形成されてきた。そこで、これらのルールが、立法事実の場合にどのような形で適用され、あるいは修正されるのか、問題となる。<sup>(17)</sup> しかし、立法事実とは異なる性質を有し、これに従来からの司法事実の考え方をそのままではめて考察することには無理がある。そこで、立法事実独自の判断が求められるようになり、その嚆矢はアメリカのブランダイス・ブリーフであるとされる。すなわち、法律の合憲性判断のため

に、司法事実を解明するために従来から用いられてきた司法確知の方法に一定の変更を加えて、立法事実を検討したのである。まず、この議論から紹介しよう。

### 事実の認定方法としての「証拠」と「司法確知」

このアメリカの議論で注目すべきは、立法事実の認定に際して、従来の司法確知の要件を緩和し、その対象を広げたこと、及び、立法に際して議会が認定した事実に対して、裁判所は「合理的根拠」の有無という緩やかな審査基準を用いて、議会に敬讓を示したということである。

これについて説明するにあたり、まず、裁判所による事実の認定方法は「証拠 evidence」又は「司法確知 judicial notice」のいずれかであることが指摘される。<sup>18)</sup>「証拠」の場合、一定の証拠を排除するための安全装置が、そのルールによって定められている。「提出可能性」あるいは「証拠排除」といわれるものである。すなわち、偏見に満ちた、信用のおけない、又は真実ではない証拠を法廷から排除するためのルールである。これには、宣誓の上で偽証罪に問うこと、伝聞の証拠を排除すること、そして相手方当事者の証人に対して反対尋問を行い、これを否定する証拠を提出する機会が与えられる、等のルールが含まれる。<sup>19)</sup>

裁判所が「司法確知」を行う場合には、これらの安全装置がはたらかないことに注意が必要である。そのため、司法確知によって認定される事実は、限定的な範囲に限られなければならない。すなわち「合理的な者の間では、論争の対象とならないほどに著名な事実、又は、アクセスが容易な情報源により、即時に、正確に証明できる事実のみを裁判所は採り入れることができる」とされてきたのである。<sup>20)</sup>

## ブランドイス・ブリーフによる司法確知の要件の緩和

しかしながら、このように司法確知の範囲を限定する考え方は、主として、司法事実の認定を念頭に形成されてきたものであることに注意が必要である。すなわち、当事者の現実・具体的な争いに、確定的な判断を示すに直接必要な、個別・特定の事実を認定するためのルールである。立法事実の場合は、そうした争いの解決を視野に入れた、より広範で一般的な価値や目的を探ることが必要である。そこで、アメリカでは、憲法判断に際しての立法事実の認定に関し、司法事実における司法確知の要件をかなり緩和させている。

その先駆けとなったのが、一九〇八年のミュラー事件 (Muller v. Oregon, (1908) 208 U.S. 412) における、いわゆるブランドイス・ブリーフとされる。オレゴン州の代理人としてブランドイスは、女性の労働時間を制限する州法が合憲であることを、著書、論文等から引用した社会科学に関するデータを用いて主張した。最高裁は、このブリーフの内容を脚注において要約し、司法確知 (judicial cognizance) として、その結論に至る際にこれを考慮した。

その後もこの種のブリーフは用いられたが、特に一九五四年のブラウン事件 (Brown v. Board of Education, (1954) 347 U.S. 483) は有名である。三二名の社会学者が「声明」にサインして上告人のブリーフに添付した。この「声明」には、分離政策がいかなる効果をもたらしているかについて、心理、社会学的知識についての一般的な蓄積が要約されていたが、これが、分離政策を違憲とする最高裁の結論に影響したことは明らかと思われる。<sup>(21)</sup>

このブリーフにより、ブランドイスは一躍その名を知られるようになり、後の最高裁判所の裁判官にも任命されたが、このブリーフが提出されたことよりも、むしろ、これを「司法確知」の対象としたことが画期的である。<sup>(22)</sup> すなわち、従来、事実の認定は、反対尋問によってその真偽を確かめる「宣誓供述書」によることを基本とし、司法確知の場合には「著名、又は、即時に正確に証明できる」ものに限定され、このような「論争の余地ある資料」

は、司法確知の対象ではなかったからである。<sup>(23)</sup>

# 要件緩和の理由・根拠

では、なぜ、司法確知の要件が緩和されたのか、その理由が問われることになる。<sup>(24)</sup>

これについては、まず、実務的理由が挙げられる。すなわち、立法事実として、専門的な、社会科学に関する広範な知見を裁判所に提供しようとするならば、実務的に可能な唯一の方法は、ブランドイス・ブリーフであるからである。確かに、専門家の意見も「証拠」により提示することは可能である。しかしながら、これを「証拠」のルールに則って認定しようとすることは、かなり困難である。例えば、伝聞証拠のルールに違反しないでこれらの知見を事実として認定することは容易ではないし、<sup>(25)</sup> これらを宣誓供述書に含ませたならば、反対尋問を受けねばならず、これには途方もない時間と労力を費やさなければならなくなるからである。<sup>(26)</sup>

次に、より原理的な理由が存在する。裁判所は、担当する事件の解決に必要な司法事実については、明確な結論に至らなければならない。しかし、立法事実においては必ずしもそうではない。事実が存在するとの議会の判断に合理的な根拠 rational basis があるかどうかの判断にとどめられるべきである。その理由は、例えばエコノミストの間に争いがある経済問題を、法律の専門家をスタッフとする裁判所が、最終的に解決することはほとんど不可能だからである。<sup>(27)</sup>

更に、より重要なことは、裁判所と議会の役割はそれぞれ何か、ということに関連している。議会は、認定した事実のみに基づいて活動しているのではなく、一定の事態に対する公衆の認識がいかなるものかを判断した上で、これに対処するための適切な政策は何かを問題としている。その判断は政治的であり、しばしば社会学者や他の



専門家の考え方とは一致しない。この政策判断を否定し、司法確知された専門家の意見で代置しようとすることは、裁判所の役割ではない。<sup>(28)</sup>

### 合理的根拠の基準

しかしながらその一方で、議会の権限は憲法によって制限され、その範囲についての争いを解決するのは裁判所の役割である。裁判所は政策形成という議会の義務に不当に介入してはならないと同時に、憲法上の争いを解決する義務を負っている。この両者のバランスを、立法事実の認定という側面で考えると、その権限行使の根拠とする事実の認定には、議会に相当程度の判断余地が認められることが必要である。これが、アメリカで発達してきた、合理的根拠の基準である。<sup>(29)</sup>

この基準によれば、司法事実、例えば、被告人は禁止薬物を所持していたかどうか等を判断する際に必要とされる、厳格な証明は、立法事実については求められない。社会科学に関するブリーフの正確性について、裁判所は、明確な結論に至ることまでは必要ではない。信頼のおける専門家の意見であるとの結論に達するだけで十分である。つまり、その法律の有効性を示す立法事実が存在することについて、専門家の間で相当程度の支持があるならば、その法律には合理的根拠があるのは明らかである。<sup>(30)</sup>

このように、アメリカにおいては、論争がある問題について、本来、反対尋問を経ることが必要な宣誓供述書によるべきところを、ブランドイス・ブリーフによる提出を認めて司法確知の対象とした。この理由は、時間と労力という現実・実務的な必要性に加えて、立法事実の性質から説明されている。すなわち、司法事実については、当事者への峻厳な裁きの根拠とするため、その精確さが強く求められるのに対して、立法事実については、むしろそ

の相対性が強調されるからである。なぜならば、議会が立法にあたつて認定する「事実」は、複数の、対立・矛盾しうる諸事実からの選択であり、そこにはその政策・政治的判断が介在しているからである。<sup>(31)</sup>

では、このような性質を有する議会の「事実」認定に対して、裁判所は、どのように審査していけばよいか問題となる。すなわち、裁判所は、三権分立の観点から、議会の選択・政策・政治判断には直接介入できず、ただ、それらが憲法上の枠内でなされたものであるかを判断できるだけである。これを立法事実の場面にあてはめてみると、議会の認定した事実に合理的根拠があるのかどうかを裁判所は審査することになるというのである。<sup>(32)</sup>

このように、アメリカでは、ブランドイス・ブリーフにより、立法事実の認定方法に変化が生じたが、これがカナダ最高裁にも影響していると思われる。<sup>(33)</sup> いわゆる Factum に対する扱いを変更した反インフレーション法事件 (Re Anti-Inflation Act, [1976] 2 S.C.R. 373) から紹介しよう。

### 反インフレーション事件と Factum による科学的データの提出

カナダにおいては、上訴審においてそれぞれの当事者は Factum 又は Brief を提出して、その主張とそれを支える根拠を示している。時として、この中に社会科学的数据が含まれていることは間違いない。<sup>(34)</sup> しかし、Factum の中に事実に関する資料を含ませて提出された場合、相手方当事者に反論の資料を提出する機会が認められないという問題がある。なぜならば、それぞれの Factum の提出期限は同日であり、相手方は、口頭弁論が開始してからはじめてその内容を知ることができるにすぎず、したがって、それぞれの当事者に Factum への反論の機会が与えられているとはいえないからである。

しかし、こうした流れに変更を加えたのが反インフレーション法事件 (Re Anti-Inflation Act, [1976] 2 S.C.R.

373) である。<sup>(35)</sup> この事件では、連邦議会が、連邦の賃金に関する立法を行う際に必要とされる「国家の緊急事態」が存在するかが問題になった。これについて、インフレ率が年一〇%は望ましくない点については幅広く同意があったが、はたして第二次大戦や三〇年代の大恐慌と同じく国家の緊急事態といえるかについては、多くの人々の間で疑問視されていた。したがって、このインフレ率が緊急事態にあたるかは、著名でも争いのない事実でもなかった。

議会は、このインフレの性質と重大さに関する経済学上の証拠を提出しようとしたが、そもそもこうした「外部的証拠」が提出可能であるのか、可能であるとすればどのような方法によるかについて問題となり、首席裁判官は次の三つの指示を行った。まず、カナダの法務総裁はCaseの中に七五年一〇月一四日の白書及びその他適切と考える資料を含ませること。次に、補足的な資料をFactumの中に加え、七六年五月一〇日までに提出すること。三つ目として、七六年五月一〇日までに提出された資料に照らして、必要と考えられる資料を追加できるとした。この指示がなされた目的は、CaseとFactumに含まれるいかなる資料にも、反論する機会が与えられるようにするためである。<sup>(36)</sup>

ところでFactumの中に含まれる事実に関する資料は、厳格な意味では「証拠」ではない。宣誓のうえで提供されていないからである。さりとて、経済学やその他の社会科学の研究は、司法確知を行うのに必要な要件——著名又は、アクセス容易な情報源による即時かつ正確な証明——を満たしてもいない。しかし、この事件では、ある経済学の研究が、宣誓なく、また、論争的な内容であるにもかかわらず、なんらの正当理由を示すことなく、提出が認められている。<sup>(37)</sup>

この事件は「立法事実が問題になった憲法事件において、社会科学のブリーフの提出を認めるための明らかな先

例となる」とされ、その際には合理的根拠の考え方もカナダで妥当するとされている。すなわち「アメリカにおいては、法律に反対する者は、その有効性にとって不可欠な立法事実を認定していることに合理的な根拠 rational base が存在していない事を示さなければならない。このことは、カナダでも同様であると思われる」とされている。<sup>(39)</sup>

以上、主として司法事実を念頭において形成されてきたルールが、立法事実においてはそのまま妥当せず、修正を受けていることについて、司法確知の要件に関するアメリカとカナダを例に、その概要を紹介した。次に、カナダにおける立法事実の認定について、いかなる論点があり、議論が展開しているか、まず「証拠」について見ていくことにする。

## 第二章 立法沿革の提出可能性

### 議員の発言等と議会意思としての法律

「証拠」により、立法事実を認定する際に「提出可能性」が問題となる。すなわち、一定の証拠については法廷に提出することが認められず、排除されるということである。いかなる証拠が、どのような理由から、提出を認められ、あるいは認められないのか議論されることになる。まず、立法沿革について、その提出可能性をみてみよう。

裁判において、法律の意味を確かめるため、その文言のみならず、その背景となる事実や議会における議論等、つまり法律が制定されるに至るコンテキストを知る必要が生じうる。これが立法沿革資料といわれるもので、これを「証拠」としてどこまで裁判所に提出することが可能なのか、問題とされる。<sup>(40)</sup>

これについて、まず、提出可能性の議論の対象となる立法沿革資料には、具体的にいかなるものが含まれるかを確認すると、①ローヤル・コミッションの報告、法改革委員会の報告、法制定を勧告する議会委員会の報告、②法制定を勧告する政府の政策文書（白書、緑書、予算書等の名称いかんにかかわらず）、③制定法律の草案（それが議会に示される前か後かは問わず）、④法案審議に責任を有する議会委員会の前でなされた、大臣または議会の議員、又は専門家の証言、⑤法案が論争されている際の議院における言論等が挙げられる。<sup>(41)</sup>

これらは、法律の意味を明らかにするために何らかの役割を果たすことが期待されているが、裁判所によるその利用は、慎重に、限定的になされなければならないとされる。なぜならば、議会が定めたのは法律の文言であって、立法過程における議員や委員会の述べた言葉ではないからである。すなわち「法としてのフォーマルな承認を受けているのは、制定法又は憲法の文言だけである」。<sup>(43)</sup>しかしながら、その一方で、法律の文言は、その色彩（具体的意味）をコンテキストから得ている。コンテキストについての情報が多いほど、その意味は精確に理解され、少ないほど誤解させる可能性が高くなる。<sup>(44)</sup>立法沿革は、まさにこのコンテキストの情報を提供しているといえる。この立法沿革に関して、特に問題とされているのは、議員等の発言は証拠から排除されるべきか、ということである。

#### 法律のコンテキストと議員の発言のウエイト

制定法律の解釈に関して、立法者の意図を探るため、関連する議員の発言等を参照しようとすることがある。しかしながら、これらは伝統的に証拠から排除されてきた。<sup>(45)</sup>その理由は、議員の発言等は、制定法律の実際の意味と論理的につながることはほとんどない、その発言は多数派の意図するところを反映していない、誤解を生じさせた

り、我田引水的であつたりする、と指摘されていた。<sup>(46)</sup>

しかしながら、議員の発言等も全てを証拠から排除する必要はないとの考え方も有力である。例えば、キルガーは、確かに、個々の議員の発言をそのまま、法律の実際の意図するところの証拠として提出させることには問題があるが、これらについては、証拠としてのウェイト weight を問題とすれば足り、提出可能性の問題ではないとする。<sup>(47)</sup>

またマグネットも、法律にあいまいな点があり、その合憲性に疑問が生じた場合、このあいまいさを解消することに関連するならば、その証拠は、提出を認められるべきであるとする。そこで、議員の発言等も一律・当然に提出不可とされるのではなく、証拠としてのウェイトの問題ととらえるべきで、このウェイトは事柄の性質及び状況によって変化するとされる。<sup>(48)</sup> 例えば、反インフレーション法事件 (Reference re Anti-Inflation Act, [1976] 2 S.C.R. 373) では、当時の議員の発言等から、国家の緊急事態は存在していないと考えられていたことが明らかとされ、法律が憲法違反であるとの結論を強化することに役立っている、としている。<sup>(49)</sup>

ストレイヤーも、法律の意味が不明瞭な場合に、その意味を明らかにするために議員の発言等を参考にすることは考えられてよい、これらの提出すべてを危険とするのは、やや危険を誇張した考えであるとしている。<sup>(50)</sup>

同様の議論は、委員会の資料の提出可能性に関しても生じてくる。その例として、ロイヤル・コミッション(王立委員会)の手続を証拠から排除すべきかの問題も提起されている。この委員会は、一定の事実を認定して改善のための勧告を行っているが、その報告は、制定法律の意味を確かめる証拠としては排除される、というのが伝統的な考え方である。なぜならば、その勧告が、制定法律の中にとり入れられているとは限らないからである。<sup>(51)</sup> また、生殖補助技術法の合憲性が争われた事件<sup>(52)</sup>では、王立委員会の報告は、政策の分析にすぎず、法律の背後の efforts

と関わりを有することはほとんどないとされ、無視されている。

しかしながら、これには批判がある。これらの指摘は、理論としては正しいかもしれないが、王立委員会は、法律の成立までの立法過程において中心的な役割を果たし、その主な勧告は、すべて本法律において実現している、との指摘がある。<sup>(33)</sup>

また、デイクソン裁判官は、法廷で争われている問題に関連する資料のうち、本来的に信頼のおけないもの、又は、public policy に反するものを除いて、提出可能であるとした上で、「一般的にいつて、その目的が法律の憲法上の性質を判断する場合、立法の基礎となっている王立委員会の報告、又は、法制改革委員会の報告が提供する助けを裁判所は拒否すべきではない。もちろん、これらに与えられるウエイトはそれぞれ全く異なるものになる。大きかったり、小さかったり、何等のウエイトも与えられない場合もある。しかしながら、私の見解によれば、一般論として、法律が制定された社会的及び経済的状況を判断する一助として、少なくともその提出は認められるべきである」としている。<sup>(34)</sup>

### 議員の免責特権

しかしながら、議員の発言等の提出可能性を認めることには、否定的な考え方も根強い。これには、主として議員への反対尋問という視点からなされていることが重要である。すなわち、議員の発言等が証拠として提出可能とされた場合、その発言をした議員等に対しては反対尋問が行われうる。しかし、このことは、裁判所を議会のフロアの延長線に変えてしまい、議会での議論の蒸し返しとなり、時間と労力の浪費となることが挙げられる。<sup>(35)</sup>

更に、裁判所が議員に対して、議会でどのように発言・投票等をしたかを反対尋問で問うことは、議会特権とい

う憲法上の原理から問題があるとの見解がある。すなわち、この特権により、議員は、自分がなぜその法律等を支持するのか、しないのか、その目的と動機についての証言を強制されないことを保障されている。この特権は、絶対的で憲法上のものであることが長きにわたり、承認されてきた。すなわち、議院にはある種の自律が認められ、国王も裁判所もこれを侵害することは許されないのである。<sup>(56)</sup>そして、この中には、立法を支持又は反対した動機に関する証拠を裁判所に提示されない権利も含まれるのである。<sup>(57)</sup>

## 大臣の発言等

同様の問題は、法律の導入に責任を有する内閣の大臣を、裁判所に召喚して反対尋問を行う場合にも生じるが、やはりこのような証言の提出も消極的に解されている。その理由は、その大臣の考え方によって、法律の有効・無効が左右されることになり、法律制定についての議会の権限が内閣により影響されることが懸念されるからである。休日閉店法の合憲性が問題になった事件<sup>(58)</sup>において、控訴裁判所の判断であるが、法律の導入にかかわった大臣を召喚することは許されなかったものがある。なぜならば、大臣は立法者ではなく、その証言に基づいて法律の有効・無効が左右されるとすれば、立法過程は内閣によって篡奪されてしまうことになるからである。<sup>(59)</sup>

しかしながら、その一方で、首相の発言等についての提出について柔軟な姿勢を見せている最高裁判例もある。ラスキン首席裁判官は、下院に提出された、財務大臣の政策声明である政府白書を参照し ([1976] 2 S.C.R. 373, 426)、リッチー裁判官はこの白書に大きなウェイトを置いている ([1976] 2 S.C.R. 373, 438-39)。更に、ビューン裁判官は、この白書を参照できるならば、国会の議事録も参照しようとの見解を示している ([1979] 2 S.C.R. 373, 470)。



このように、立法沿革を証拠から排除するかどうかについては、見解が対立し、その根底には、三権分立、免責特権、萎縮的效果等の「理念」と、憲法判断にあたり、法律の目的・効果を測定するための資料収集という「実務上の必要性」のいずれに力点を置くべきかということがあるように思われる。しかしながら、これらを証拠として提出させるか否か、二者択一で判断する必要はないように思われる。重要なのは、その証拠の性質等、具体的状況に即した、証拠としてのウェイトをどのように考えていくかということと思われる。<sup>(60)</sup>

なお、専門家の著作や証言の提出可能性についても問題になるが、これについてはモーハン事件 (R. v. Mohan, [1994] 2 S.C.R. 9) において、判断基準が示されている。<sup>(61)</sup>

### 第三章 司法確知

#### 司法確知の対象としての「著名な事実」

司法確知は、コモローの民事又は刑事の手続の中で、特定の事実については、特に証明を求めることなく、その真実であることが裁判所によって認定されてきたことに関連する。<sup>(62)</sup> すなわち、司法確知される事実は、宣誓の下で、証拠によって証明されていないし、反対尋問の手続を経てもいない。したがって、これが認められる場合は、厳格に制限され、通常は、著名な事実又は周知の事実のうち、その正確性について合理的な疑いがもたれていない著書等に示される内容に限定される。<sup>(63)</sup>

この見解はアメリカのモーガンに影響されているが、<sup>(64)</sup> 証拠によらずに司法確知が認められる理由は①きわめて著名で明らかに確立している場合には、その存在を証明するための証拠は必要がない、②トライアルの簡素化と短縮化、③知識の蓄積なしには推論はできないとの心理的なプロセス、とされている。<sup>(65)</sup>

しかし、その一方で、司法確知の誤用・濫用の危険も重視されている。すなわち、裁判官は、合理的な、疑問の余地のない、著名な事実と考えた経験の一部から、一般論を導き出す。しかし、これらはいくまで自分がそう考えただけであり、結局、半分の真実を、あたかも全体の真実であるかの如く取扱う可能性がある、としている。<sup>(66)</sup>

同様に、シフも、司法確知が行われる場合、たとえ、裁判官が個人的にその事実を知っている、又は、それらに論争の余地がないと考えていたとしても、顕著でもなく、明確に確立してもいない事実は、これを排除するようにしなければならぬとする。<sup>(67)</sup> 裁判官にとっては、対審的手続、及び、公正なトライアルという見地から課せられた限界があるからである、としている。<sup>(68)</sup>

こうした指摘があるものの、モーガンによる、一定の場合には司法確知を認めていこうとする見解は、カナダにおいても支持されていると考えられる。<sup>(69)</sup>

もつとも、いかなる事実について司法確知を行うかについては、裁判所に広範な裁量が認められているのが現実のようである。<sup>(70)</sup> 最高裁が法律の効果を判断するために、司法確知した事実が「著名な事実」であることはむしろまれであるとされる。<sup>(71)</sup>

マグネットは、もしも、司法確知の対象をすべての人が同意する事実に限定するならば、裁判所はその高度な任務を放棄しなければならないとする。<sup>(72)</sup> 特に憲章が問題となった事件においては、司法確知への制約が緩められるべきである、としている。<sup>(73)</sup>

このように、司法確知の対象を「著名な争いのない事実」に限定すべきかどうかに関しては対立がある。この原因にはいくつかあるが、根底には司法事実と立法事実の違いについての認識に差があるように思われる。そもそも司法確知は、司法事実を念頭において形成されてきたが、立法事実とは性質を異にし、この違いを司法確知

の場面でいかに反映させるかについて、各裁判官自身にも迷いがあり、その力点の置き方にも違いが生じ、このことが見解の対立につながっているように思われる。

そこで、この問題を考えるにあたっては、立法事実の認定のために最高裁がどのような姿勢を示してきたかが重要となる。これについてはいくつかの変遷があるが、憲章が問題になった事件を中心に、ジャマルの整理したところを紹介しよう。<sup>(74)</sup>

### 司法確知の範囲に関する最高裁の変遷

最高裁が立法事実を認定するのにどのような姿勢を示してきたかについては、四つの傾向があるとされる。①初期のリベラルなアプローチをとっていた時期、②立法事実の複雑さとその規範的性質について認識していた時期、③厳格な要件を課していた時期、④やや微妙なアプローチ (a more nuanced approach) をとっている時期である。まず、①であるが、ストライキを禁止する州法が、憲章によって保障されている結社の自由を侵害するかが問題になっていった事件 (RWDSU v. Saskatchewan, [1987] 1 S.C.R. 460) において、最高裁は、労働組合が提出した、新聞の切抜きの提出すらも認めた。次に、フランス語のみの掲示を求めるケベック州法が、表現の自由を侵害するか問題になった事件で、州の法務総裁が、*factum-appendix* によって提出した、ケベックにおけるフランス語の地位に関する一般的な研究が、対審的なプロセスを経ることなく、裁判所により参照されている。<sup>(75)</sup>

②の立法事実の規範的性格についての認識の時期においては、たばこ広告への連邦法による規制が問題となった事件 (RJR-Mackdonald Inc. v. Canada (A-G) [1995] 3 R.C.S. 199) が重要である。ラフォレスト裁判官の反対意見は、立法事実に関する事実審の認定に最高裁は敬讓を払う必要はないとした。その理由は、この判断は、司法事

実ではなく、立法事実に関するものであることが重視されているからである。すなわち、立法事實は、法律制定過程においてあらわれ、法的ルールが、人間の行動にいかなる効果を及ぼすかについての一般的な結論を引き出す際に、複雑な社会科学の証拠の評価が必要になり、その根拠とされるのである。更に、この事實には予測の側面があり、通常の意味での真実であるとはいえず、むしろ常に争いの対象であるとしている<sup>(77)</sup>。

このように、ラフォレスト裁判官は、立法事實は、真実というよりも、予測的なものであり、その内容はそもそも相対的であるとする。そして、立法事實は、望ましい効果は何かを実務的に衡量するための情報を提供しているが、どのような効果が望ましいのか、いかなる効果をどのように重視するのかについて、それ自体は語るところはない。すなわち、立法事實には社会政策の問題が含まれ、争いがあり、内在的に論争の対象となるため、事實審の認定するところに格別の敬讓を払う必要はない、とするのである。

更に、社会科学者相互においても見解が対立している場合に、事實審による立法事實の認定に控訴審の敬讓を強いるならば、法原則の一般的な適用を發展させる控訴審の法形成機能を窮屈なものとすることになる、とした<sup>(78)</sup>。

ルール・デュブ裁判官も、法と社会は分かち難く結びついており、社会的事実が法形成過程の不可欠な要素となっている。そこで、当事者が必要な証拠を提示しない場合には、裁判所は、立法事實を自ら把握しなければならぬ、としている<sup>(79)</sup>。

③の提出要件嚴格化の復活の時期においては、一方の当事者が異議を唱えているか、又は、添付しようとした証拠が、論争的であるか、若しくは、その訴訟における問題について決定的である場合には、その提出可能性についてそれほどリベラルではなくなったということである。例えば、アルバータ公立学校委員会事件<sup>(80)</sup>において問題になったのは、アルバータ州の学校資金管理に関する法律が、六七年憲法により認められていた郡の自律権を侵害す

るか、ということであった。控訴段階で、学校区は、学校区からの手紙やメディアに流したものの、及び、カトリックと非カトリックとの間の宗教的な対立が学校の人口の減少をもたらしたことを示す統計等を book of authorities の中に含ませて提出した。

ビニー裁判官は、全ての資料は、控訴における新証拠提出の申立て motion to adduce fresh evidence on appeal が必要であるとし、後になされたこの申立てに対しても、これらは、新証拠提出を認めるための伝統的基準に該当しないと<sup>(81)</sup>した。更に、ビニー裁判官は、立法事実の司法確知には限界があるとし、証拠が論争的であり、又は、相手方当事者に不利にはたらく場合には、司法確知は利用されるべきではないと<sup>(82)</sup>した。

しかし、このビニー裁判官の司法確知に関する厳格審査は、司法事実について形成されてきたものであり、規範的な性質を有する立法事実<sup>(83)</sup>に、なぜこの考え方が適用されるかについての説明はなされていない。更に、立法事実が裁判で問題になる場合、それが著名又は争いのない、という厳格テストを満たすことはほとんど不可能といえる<sup>(83)</sup>。

④の微妙なアブローチの時期においては、最高裁はリベラルと厳格審査との中間のアブローチを示している。R. v. Malmo-Levin, [2003] 3 S.C.R. 571では、マリファナの単純所持を理由とする自由刑が、憲章七条に違反するかが問われていた。事実審では、マリファナが有害かどうかの証拠が提出され、被告人は、害悪のないものに刑事制裁を科すことは基本的正義に反すると主張した。

多数意見のガンシャー裁判官とビニー裁判官は、裁判所は、立法事実に関しては、司法事実よりも緩やかな基準により認められてきたとしつつも、立法事実<sup>(84)</sup>に争いがあると合理的に考えられ、また、その事実が憲法判断にとって決定的である場合には、司法確知は慎重に行なわれるべきであるとする。本件において、マリファナの有害・無

害が議論の中心をなしており、決定的なものである。更には、多くの証拠は論争的であり、反対尋問による検討が必要である、としている<sup>(84)</sup>。

また、事実婚へのケベック州法の差別が問題になっていた事件 (Eric v. Lola [2013] 1 SCC 61) において最高裁は、社会科学の証拠を参照することに消極的な姿勢を示している。この事件では事実婚が破綻し、子の監護・養育に関して、法律婚との差別が問題になっていたが、最高裁の裁判官のうち、専門家による「証拠」を重視する立場は、司法確知に制限的である。

更に、子どもへの性的虐待を行った者に対する陪審の偏見を証明することが問題になった事件 (R. v. Find, 2001 SCC 32) において最高裁は、司法確知に厳格なテストを用いている。マクラクリン首席裁判官は、司法確知が行われる範囲を限定的なものとした。すなわち、広範な偏見と陪審の判断との結びつきを証明する手段として、司法確知を用いることが認識されていたが、カナダ社会に広範に虐待が広まっているとの理由から、被告人に対して陪審が偏見を抱くということは合理的な議論とはいえない、とした<sup>(85)</sup>。

その一方で、司法確知の厳格化に微妙なものを付け加えた、すなわち、司法確知が認められる領域は、考慮されている問題の性質により変化する、とした事件 (R. v. Spence, 2005 SCC 71) がある。ここでは、東インドの陪審は、犠牲者が東インド人である場合、黒人の被告人に対して偏見を有するかについて、司法確知することができかねた問題になっていたが、ビニー裁判官は、この偏見の存在について司法確知することを拒否した。すなわち、本来、陪審が陪審構造の中で、法廷外の証拠を使用することは制限されるが、これがなぜ許されるのか、この点についての説明がなされていないこと、また、トライアルの公正さという点で問題があるとした<sup>(87)</sup>。それにもかかわらず彼は、一定の状況においては、司法確知も緩和されうるとした。立法的又は社会的事実は司法事実と比較して、幾

分伸縮ある扱いがなされ、問題の事実が決定的であればある程、司法確知の要件は厳格になるとしている。<sup>(88)</sup>

このように、一定の立法事実に関し、それを司法確知の対象として認めるかどうかについて、最高裁はその立場を少しずつ変化させている。これについて、まとめておくと①司法事実の司法確知は、「著名で争いのない事実」という厳格な伝統的基準に基づいて行なわれる。②立法事実の認定は、事実審において、専門家の証人を召喚することによって行われることが賢明である。③これを召喚できなければ、裁判官が研究を行う必要があるが、その結果は、当事者にとって有利にも不利にも影響してしまう。④立法事実に関する司法確知には、司法事実の場合よりも厳格ではない基準が用いられる。⑤最高裁による立法・社会的事実の司法確知は、比較的論争の少ない問題について用いられているのがほとんどである。⑥当事者には、その事件の結論に影響するすべての事実に対して、適切な方法により、反論する機会が与えられることは基本的な原理である。⑦判事は、その法形成機能において、司法確知を行うか否かについて、裁量を有している、としている。<sup>(89)</sup>

以上のように、立法事実の認定に際して、その姿勢には変化がみられる。もともと、変化がみられるというよりも、一貫性がないとした方がよいかもしれないが、いずれにせよ、社会科学に関する専門家の研究を立法事実の認定に際して、どのように扱うかについて、各裁判官の立場に違いが生じている。この原因を考えるためには、立法事実及び社会科学の性質について検討する必要があると思われるが、その前に、そもそも司法確知による事実の認定には、どのような長所・短所があるのかを、憲章が問題になった事件を中心に確認しておこう。



# 司法確知の長所・短所

専門家の研究に基づく社会科学の証拠に関しては、最高裁は、「証拠」によってこれを認定することを好み、「司法確知」によることには消極的な姿勢をとっているとされる。しかしながら、これに積極的な姿勢を求める見解がある。その理由として、まず、当事者の脆弱な地位と「証拠」の信頼性への不信が挙げられている。

エイガワル&ララニは、当事者のほとんどは、とりわけ家族法が問題になっている事件において、長期にわたるトライアルに耐え、専門家との論争を展開する余裕はない、とする。また、社会科学の論文は、専門家が法廷において証言するよりも冷静であり、専門家の証言は、逆に、当事者のいずれか一方を擁護しようとする傾向がある。更には、当事者は適切に代理されておらず、当事者間のバランスは現実にはとれていない事が多く、司法確知により、事実を認定する必要性がある。したがって、司法確知は、当事者の提示した証拠の範囲を超えたことを理由に、裁判の公正さを害するとの批判は、少なくとも家族法のコンテキストにおいてはあてはまらないとする<sup>(90)</sup>。

ピナードは、憲法のコンテキストにおいて、社会的事実に対立があるという理由から、これへの司法確知を厳格なものとするのは適切ではない。むしろ、積極的な司法確知こそが、社会的正義を実現するとする。なぜなら、これにより、費用が不足する当事者に対して、その必要な事実へのアクセスを可能にするからである。また、憲法訴訟では、その判断の結果が当事者を超えていくため、裁判所は、当事者が提出する証拠のみにとらわれる必要はない。むしろ、法律の根底にある事実を提示する責任があるとするのである<sup>(91)</sup>。

しかしながら、こうした司法確知積極論への批判も根強い。これらを要約すると、対審手続と公正なトライアルへの敬意、裁判官への広範すぎる裁量付与への懸念、信頼できない社会科学を証拠とすることによる誤審の危険、<sup>(92)</sup>となる。



更に、これへの再批判としては、第一に、憲法訴訟の性質により、裁判官の積極的な役割が求められている、ということである。そこで提示される問題には、当事者を超えて一般性を帯びると同時に、政策問題も含まれる場合がある。これに的確な判断を下すためには、当事者主張の事実だけでは不十分である。第二に、特に、国民の権利・自由を保障する憲章が問題になった事件において、国民と政府との間の手持ちの情報のアンバランスを考慮すると、裁判所が積極的な役割を果たすことが期待される。第三に、司法確知によって広範すぎる裁量が判事に与えられるというのは誇張である。判事は、面前の社会科学の証拠の価値について理解することができる<sup>(93)</sup>。

このように、司法確知の要件緩和をめぐる賛否両論があるが、これを緩和すべきとする立場の者も、司法確知された社会的事実を争う機会を当事者に与えるべきとするものが多い<sup>(94)</sup>。すなわち、当事者の請求、又は、裁判所の自発により、司法確知された社会的又は経済的情報は、もしそれらが当事者の利益に影響しているならば、これを補足し、反論することが当事者に認められるべきであるとしている<sup>(95)</sup>。

では、司法確知された事実に対して当事者からの反論等を認めた場合、どのような問題があるのか、検討しよう。

### 司法確知された事実への当事者の反論

まず、司法確知された事実への反論は、そもそも認められないとするのがE・モーガンである<sup>(96)</sup>。マコーミックも同様に、事実を司法確知するというルールは、これに反する証拠を排除することであり、判事は、陪審に対して、司法確知された事実は、真実であるとして受け入れなければならないと説示するものとしている<sup>(97)</sup>。カナダの裁判所でも、この考え方が採用されているとされる<sup>(98)</sup>。

しかしながら、E・モーガンがこの見解を示した当時、アメリカの裁判所においては、司法確知された事実の最終性、すなわち、これへの反駁を一切許さないとの考え方が全ての裁判所において採られていたわけではない。<sup>(99)</sup>

学説の中にも、司法確知された事実に対して、当事者が反証をあげてこれを覆すことを認めているものがある。ウィグモアは、事実が司法確知によって認定されたということは、当事者によって証拠の提出がなされなければ、真実として扱うということを意味し、事実の存在が極めて顕著で、争いの余地がないことが、司法確知の前提であるとしながらも、なお、争いの余地ありと考える者は、証拠によってこれを争うことを妨げられない、としている。<sup>(100)</sup>

ジョカも、スペンス事件 (R. v. Spence, 2005 SCC 71) のビニー裁判官の見解を支持して、E・モーガンの見解を批判している。すなわち、全ての人が知っている事柄が、必ずしも真実とはいえない。その例として、天動説が挙げられ、全ての人が知っていても、論争の余地がないことにはならないとしている。更に、何が論争の余地がないか、については、裁判官の間でも見解に相違があり、また、反駁の機会が与えられないならば、このことは公正な裁判の実現という観点からも問題がある、としている。<sup>(101)</sup>

ストレイヤーは、司法事実と立法事実を区別し、更に、憲法問題に関する立法事実については、司法確知の及ぶ範囲を拡大すると同時に、当事者に反駁の機会を与えることの重要性を指摘している。「司法事実の場合は、司法確知は一般に著名で争いのない事実に限定される。しかし…憲法事実（立法事実・著者注）に関しては、司法確知はそれほど著名ではありえない経済及び社会的事実に及ぶべきである…憲法事件において、司法確知がより広範に利用されているが、これらの事件では通常、法廷における当事者の利害を超え、直接証拠による伝統的な技術では容易に証明できない…経済又は社会的事実が含まれることがしばしばある…それらは、信頼における出典によって

確認されうるが、直接証拠という伝統的な証拠提出の基準を満たすことはないのである<sup>(102)</sup>。その結果として「特定の事実が司法確知の対象外であると主張すること、利害を異にする当事者には常に認められるべきである」とする<sup>(103)</sup>。

マグネットも同様に、憲法事件における司法確知の必要性和その利用の拡大を主張しつつも、司法確知の拡大に対して手続上の安全装置が重要であるとする。そのために、司法確知の対象となる事実について、これに影響を受ける当事者は反論のための告知・弁解・防御の機会が与えられるべきであるとしている<sup>(104)</sup>。

このように司法確知された事実には反論の機会を与えるべきとする学説は多いが、理論的に考えれば、この反論を認めるのは困難であるはずである。そもそも司法確知の対象は、当事者のみならず、一般的にも争いが無い、著名な事実であることが前提とされているからである。しかしながら、なおもその反論を認めるべきとの強い主張がなされるのは、司法確知について、その伝統的な役割からの変化が期待されているからである。

すなわち、司法確知の理論は主として司法事実を念頭に形成され、対象もその効果も、これに適合するよう合理的に形成されてきた。しかしながら、同じ事実であっても立法事実、とりわけ憲法問題に関わる場合には、司法事実とはその性質が大きく異なっている。その性質の違いが、対象の拡大や異なる効果の必要性を生じさせると同時に、逆に、その短絡的な変更がもたらす危険性が指摘され、その歯止めのひとつとして、司法確知された事実への当事者の反論が議論されてきたのである。そこで、この問題を考えるためには、憲法判断に際しての立法事実、及び、その内容となる社会科学の性質、これを認定する裁判所の姿勢等はいかなるものであるかを問うことが必要になる。

ところで、これらのことは、主として法律が憲法に違反して無効かどうかの判断が求められる、違憲立法審査権行使の場面で問題になる。<sup>(105)</sup> この場合に重要なのは「法律の有効性（合憲性）の推定」である。そこで、まず、この点を紹介し、次に、これを前提に立法事実としての社会科学の証拠をいかに扱うか、検討していこう。

#### 第四章 法律の有効性の推定

##### 法的及び事実に関する推定

法律は、それが有効（合憲）であることについての推定がはたらき、これは「法的」な推定と「事実に関する」推定とに区別される。前者は、法律の意味に関連する。法律の文言にあいまいな点があり、その適用によれば無効とされうる場合にも、裁判所は、有効となるような解釈を法律に下すというのである。<sup>(106)</sup> 事実に関する推定も、最高裁において何度か示されている。<sup>(107)</sup> この推定がはたらく場合には、法律に反対する者は、法律を有効とするのに不可欠な立法事実が、合理的な根拠なくして認定されていること、又は、この認定に明らかに反する証拠が存在することを示さなければならない。したがって、法律の合憲性が立法事実の認定によって左右される場合には、政府側にアドバンテージが与えられ、<sup>(108)</sup> また、議会によって、その事実が正当に認定されたとの推定からスタートすることにより、<sup>(109)</sup> 裁判所は抑制的な役割を演じていくことになる。

##### 有効性の推定と司法確知の必要性

しかしながら、憲法事件において「有効性の推定」がはたらき、当事者がこれを覆す事実を提出できなかったために、憲法に違反する結果を強いられてもよいのか、疑問である。更に、憲法判断を行うのに必要とされる立法事

実を、具体的な事件の中で当事者が提出することには限界があることは、既に述べたとおりである。そこで、こうした場合に、司法確知を用いて「推定」を覆すべきとする考え方が示されている<sup>(11)</sup>。

ストレイヤーは、裁判所は、自らの判断で、司法確知を行い、そこで得た事実明らかに反すると思われる事実については、「推定」の適用を拒む自由が常にあるとしている<sup>(12)</sup>。マグネットは、国家の緊急事態に際し、総督に憲法秩序への広範な介入の権限を認めた法律に関し、緊急事態が存在するとの「事実」の認定も、裁判において覆すことが可能であるとしている。「議会による緊急事態の宣言も、それを仮定ではなく適切な証拠をもってすれば覆すことが可能である。換言すれば、その宣言が真実であるとの推定ははたらくが、この推定は証拠によって反駁可能なのである<sup>(13)</sup>」。法律の有効性が、議会によって宣言されたことが真実であることによって支えられているならば、そこに明確な誤りがあることについて裁判所は目を閉じてはならないとしている<sup>(14)</sup>。

このように、法律には有効性の推定がはたらき、これは「事実」にも及ぶが、当事者の反証によりこれを覆すことは、理論上は可能である。しかしながら、現実問題として、当事者はこうした証拠をどこまで示すことができるのかは疑問である。また、証拠の提出がなかったために、違憲無効となるべき法律が有効性の推定により合憲とされた場合に、その判断は当事者を超えて、多かれ少なかれ一般的な影響をもたらす。そこで、こうした事態に対応するため、司法確知の範囲を広げ、あるいは提出可能性の要件を緩和しようとの見解が表れているのである<sup>(15)</sup>。

## 法律の目的と効果

では、こうした場合に裁判所は、具体的にどのような立法事実の認定を行っていけばよいかが問題になる。これについて、法律の「目的<sup>(16)</sup>」と「効果」を区別して、それぞれについて立法事実を考察する方法が考えられる。しか

しながら、法律の「目的」を特定することは難しく、またこれが複数存在することもあり、立法事実の認定の観点から法律の有効性の推定を覆そうとする場合には、むしろ、「効果」の観点から検討されることが多いようである。<sup>(16)</sup>  
 バスターチ裁判官は、立法目的の存在を認定するために必要とされる証拠が、立法の記録の中から簡単に利用できるとはいえないので、主として法律の「効果」に着目して立法事実を認定し、憲法判断を行うとしている<sup>(17)</sup>。

法律の効果に着目して憲法判断を行った例として、最近ではベドフォード事件 (Bedford v. Canada (Attorney General) [2013] 3 S.C.R. 1101) がある。この事件では、売春宿の利用禁止・処罰を定める刑事法 (売春そのものの禁止・処罰ではなく) が、売春婦に対して、売春にあたり危険なコンディションを強いており、安全の保障を侵害するとして争われている。上訴人と被上訴人双方から社会科学の証拠が提出され、被上訴人は、売春における危険と害悪は、その活動そのものに内在しているとの証拠を提出し、上訴人は、対象法律は、売春婦が直面している暴力に実質的に貢献する機能を果たしている、との証拠を提出した。

ヒメル裁判官は、証人の証言、政府レポート、統計情報、特に、特別委員会の報告 (フレイザー・リポート) に基づき、カナダの売春婦は身体的暴力を受ける高度のリスクに直面していることを認定し、このリスクは売春が行われる場所とその環境に左右されると結論した。<sup>(18)</sup>

この事件では、法律の合憲性が裁判で問題になった場合、法律の有効性の推定を前提に、法律の「目的」と「効果」を区別し、主として後者に注目してこれが検討された。次に、法律の憲法判断の根拠とされる証拠は、実際の裁判の中で、どのように扱われるのか、憲章が問題になった事件を中心に見ておこう。

## 法律の合憲性判断と立法事実

憲章が問題になった事件では、まず、①憲章によって保障されている権利・自由が侵害されたことを、次いで、②それへの制約が正当化されるかについて、それぞれ証拠が必要になる。<sup>(19)</sup> 証明の責任は、①については侵害を主張している当事者が、②では制約の正当化について政府が、それぞれ責任を負担する。<sup>(20)</sup> 憲章上の権利・自由が侵害されていることを主張する場合として、例えば、警察官や消防士の身長・体重要件がある。これにより、多くの女性と特定の人種・民族がこの職業から排除されるため、その権利・自由が侵害されていることを証明する証拠の提出が必要になる。<sup>(21)</sup>

権利制限の正当化が問題になった事件として、A.G. (Que) v. Quebec Protestant School Boards, [1984] 2 S.C.R. 697 があり、ここでは、ケベックにおいて、英語による教育を制限する必要性を示す外部的証拠が提出された。また、ポルノグラフィの事前規制について、暴力的ポルノグラフィを目にした者への悪影響、及び、性暴力へ感覚を明らかに鈍化させる証拠が提出され、更には、警察官の退職制度について、個人ごとにその任務遂行能力を測定することのコストとその困難さについて、証拠が提出された。<sup>(22)</sup>

このように、社会科学の証拠が、法律の有効性の推定の下、これを覆すことを目的に、あるいはその有効性を維持するために、「証拠」又は「司法確知」いずれの場合にも、その提出可能性、あるいは、そのウェイトをめぐって問題となってきた。しかしながら、その要件を厳格化するのかそれとも緩和するのか、また、その判断基準はいかなるものか、これらについて最高裁の立場は未だ必ずしも定まっていなように見られる。そこで、この点を考える上で、まず、そもそも社会科学の証拠とは何か、それが裁判において、とりわけ法律の合憲性を支える立法事実の認定とどのようなかわりがあるのか、考察しておこう。

## 第五章 法律の合憲性判断と社会科学

### 社会科学の有用性

社会科学が明らかにしようとしているのは、まず、原因と効果の関係を明らかにしようとするものである。<sup>(128)</sup>これを、立法事実の観点からみると、議会がある政策をとった（とうとうとした）場合、それがどのような効果を生じたか（生じうるのか）を検討する場合に、社会科学の研究が役立つことになる。例えば、交通事故の防止という政策を実施するための手段として、アルコールの販売規制を行う立法がなされた場合、この法律の合憲性を判断するためには、アルコールの影響下での運転と交通事故との間に因果関係があることが必要であり、その証明のために、社会科学の研究が利用される。同様に、警察官採用の要件として、身長を六フィートとした場合（原因）、これによつてほとんどの女性や東洋人がこの職業から排除されることになるのか（効果）問題になる。

更に、社会的な現象について、それがどのような意味を有するかについても、法律の憲法判断にあたり問題となつてくる。例えば、雨乞いダンスが行われている場合、それが、特定の社会では、宗教的な意義があることを明らかにする研究を参照することにより、立法の背景やその合理性について判断する手掛かりが得られるのである。<sup>(129)</sup>

### 社会科学の限界

しかしながら、社会科学も万能ではなく、これを裁判で用いる際には限界があることに注意しなければならぬ。まず、社会科学における研究が、裁判所による法律の憲法判断に際して、関連性があるのか問われることがある。例えば、ポルノグラフィの事前規制の合憲性に関し、これを目にした者に悪影響が及ぶかどうかに関する社会



科学の証拠が提出される。しかし、裁判所は、この法律は、女性への無形の侵害(intangible harms)すなわち、侮辱感や性の対象として扱われることにより傷つく自尊心への侵害に着目した立法と考えるかもしれない。この場合には、悪影響に関する証拠は関連性を失う可能性がある<sup>(126)</sup>。

次に、社会科学は、その社会において、特定の政策が採られるべきかどうかを語ることはできない。このことは、価値の判断として主として立法者の役割であるからである<sup>(126)</sup>。更に、法律は、複数の、場合によっては対立する、価値の調整により成立していることがある。この場合、一つの社会科学の証拠は、その法律の合憲性を考える上で決定的ではない。

スウィントンは、反インフレーション法事件におけるラスキン首席裁判官の見解に基づき、立法の効力を裁判所が判断する場合、エコノミストの見解は決定的ではなく、政府や議会の政策に合理性があるかを考えるための一つの要素にとどまる、としている。また、議会も、エコノミストの見解に拘束される必要はなく、その判断に合理的な根拠があるならば、公衆の認識するところ、例えば、現在、国家は経済危機・国家の緊急事態に陥っている、等に反応することも許され<sup>(127)</sup>とする。法廷に持ち込まれる証拠と裁判所の任務との間には、このような緊張関係があるとする<sup>(128)</sup>。

### 社会科学における予測・推測性

以上から、立法事実として社会科学の研究が提出されても、その対立性や立法目的・手段の多様性、及び、その選択にあたっての議会に認められた裁量を考慮すると、一つの社会科学の見解は、法律の合憲性を判断するための決定打とはおよそならないことが分かる。更に、そもそも法律自体が、一定の予測に基づいて定められており、そ

の予測を示す社会科学の見解を、裁判所が認定することは困難であるとの見解がある。

チャーニイは、その例として Operation Dismantle v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 441 を挙げている。この事件は、アメリカによる巡航ミサイルの実験が、カナダにおいて行われることを政府が認めることによって、原告に保障された憲章七条の権利が侵害されるかが問題となっていた。すなわち、この実験により、アメリカとソ連の「核」対立の危険が増大し、カナダが核攻撃の対象となるおそれがあると主張されていた。

最高裁は、その主張するところは証明できない、なぜならば、独立主権国家の外交政策の結果を的確に予想することは不可能であり、たとえ利用可能な最良の証拠を入手できたとしても、核戦争の危険が高まっているかどうかの判断は、推測の域を出ないとした。<sup>(19)</sup>

これ以外にも、憲章に関わる事件において、専門家の推測及び予想がどこまで証拠として認められるかが問題とされた事件がある。たとえば、ボルノグラフィを規制する法律がなければ、カナダではどのようなことが起こるか (R. v. Butler, [1992] 1 S.C.R. 452)、全ての私立の宗教学校に完全な資金提供がなされれば、多元的社会にどのような影響が及ぶか (Adler v. Ontario, [1996] 3 S.C.R. 609)、社会福祉への出費を増やせば、又は、定年退職制を廃止すれば、経済的にどのような結果が生じるか (McKinney v. University of Guelph, [1990] 3 S.C.R. 229)、煙草のパッケージへの警告表示は実際に効果があるのか (RJR-Macdonald Inc. v. Canada [1995] 3 S.C.R. 199) 等々である。

これらの事件では、対象法律が、実際に重要な政府目的の達成に役立っているのか、又は、この目的に合理的に関連しているのかについて判断するために、社会科学の証拠の提出が問題になった。しかしながら、ヒトは、研究室のラットと同じではなく、その行動を正確に予測することは不可能である。そこで、最高裁がこの点に関するい

かなる証拠を得たとしても、将来の可能性について議会が行ったよりも、一層優れた推測を行う地位にあるとはいえない、との指摘がある。<sup>(130)</sup>

また、議会は、規制立法を制定するにあたり「一定の害悪への懸念」に基づき、必ずしも具体的な科学的証明に基づいていない場合がある。<sup>(131)</sup> この場合にも、専門家の見解が対立し、政策問題について正確な答えを導くことができないならば、裁判所は、議会が認定した立法事実に敬讓を払うことは適切であると考えられる。<sup>(132)</sup>

このように、議会や政府は、一定の予測や害悪への懸念に基づいて、政策や法律を定めていることが少なくない。その際に、専門家が執筆した社会科学の論文等が根拠として用いられうるが、これとは正反対の考え方や結果を示す資料が存在し、法廷に提出されうる。

もしも、裁判所が憲章によって認められている権利・自由の制限を正当化するためには、明確な証拠が必要であるとすれば、たとえ公衆によって広く支持されていても、多くの法律が無効となる可能性がある。例えば、労働組合への強制参加と排他的な交渉権付与を認める法律は、結社の自由を侵害するとの主張がなされる。これを支持する側からは、使用者に労働者が対抗するためにはこの手段が必要であるとする。しかしながら、これを支える明確な証拠は法令審査の段階では存在しない。法律が無効とされ、労働者の交渉が実際に深刻に影響された時点でなければこの点は明確にならないからである。<sup>(133)</sup>

このような、一定の懸念事項に対処するために規制措置が採られ、その懸念事項が本当に存在していたかは、その法律が無効となつてはじめて判明するという法律は、経済規制立法にも多く存在するはずである。この場合にも、この予測の部分が明確な証拠によって証明されないとその法律が無効となる、と結論することには問題があることは既に述べたとおりである。もしも、これを認めるならば、我々の社会において重要な社会的経済的手段を定

めるに当って、その代償は非常に高くつくことになる、と思われる<sup>(134)</sup>。

そこで、最高裁も、反インフレーション法事件において、立法に先立って議会に必要とされるのは、インフレ率が危機的な高さに達していたと考える合理的な根拠があったかどうかであるとし、経済的証拠によって示されるべきは、国家の緊急事態が存在していると考え理由を議会が有していたかのみであって、この点について、エコノミストの考えと同じであるかどうかとは無関係である、とした。そして、この基準によれば、連邦立法者には裁判所からの広範な敬讓が認められており、二桁のインフレと失業が同時に生じていることをもってこの基準は満たされている、とした<sup>(135)</sup>。

## まとめ

以上、アメリカの影響を受けながら発展してきた、カナダの立法事実に関する議論を、主として学説を中心に紹介してきた。まず、事実の認定に関しては、証拠による場合と司法確知による場合とに分けられ、前者については、宣誓のうえでの供述、反対尋問等の当事者主義の構造からする認定がなされ、後者については、こうした手続を要しないで裁判所が認定できることを確認した。従来、後者については、著名・争いのない事実に限定してなされてきたが、立法事実の認定に当たっては、司法確知の範囲を広げること、そして同時にその限界点も指摘されるようになってきた。

とりわけ、法令の憲法判断が求められる場合、その憲章上の権利・自由を侵害されたと主張する当事者に、法令の根拠となっている事実を覆すだけの証拠をどれだけ提出できるか疑問である。また、この証拠が提出できなかったために、本来無効とされるべき法令が有効とされ、その影響が当事者を超えて社会全般に及ぶことを考慮し、

裁判所による積極的な立法事実の認定に期待が高まっている。

しかしながら、裁判所が積極的にこの役割を担おうとした場合には問題がある。法律制定に当って議會は、いくつかの選択肢のうちから一定の事実を選択し、これを前提として立法する。しかし、その社会科学の事実には対立があることが考えられる。そこで、裁判所は、その認定した事実と異なる事実が法律の根拠をされているというだけでこれを無効とすることは許されないと思われる。「合憲性推定の原則」は立法事実の認定の場面においても重視されるべきことが改めて、認識されるのである。

(1) 立法事実に変化があった場合、これへの対応は、立法府による法改正又は裁判所の違憲判決によってなされるべきなのかを、婚外子相続分差別事件を中心に検討したものととして、畑尻剛「憲法訴訟における立法府と裁判所との協働——立法事実の変化とその対応をめぐって——」日本法学七二巻二号三〇一頁(二〇〇六年)。

(2) マグネットは、議會権限行使の正当性が、事実によって支えられている場合、その法律が制定された時に一定の事実が存在していたというだけでは不十分であるとする。具体的権限行使の時点において、その事実は存在し続けなければならない。もしも、この時にその事実が存在しなければ、適法な権限行使とはいえないとする。Joseph Eliot Magnet, "The Presumption of Constitutionality" (1980) 18 Osgoode Hall L.J. 87 at 110. [Magnet] また、立法時におつてはそれほど差し迫つた、重要とはななかつた目的が、時の経過と状況の変化に伴い、差し迫つた重要なものとなる場合がある。See *Irvine Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. ボルノグラフィ産業の発展に伴い、当初、さほどではなかつた、女性や子どもに対する搾取の問題が差し迫つた、重要なものとなつてきたことなどはその例である。See *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452. See Robin K. Basu, "Selected Issues on Evidence in Charter Cases the RJR-JTI Saga: Lessons Learned and Unresolved Issues" (2007/2008) 23 N.J.C.L. 107 at 111-13. わが国において立法事実を問題とする判例においては、立法事実の変化を指摘するものがある。その例として非嫡出子の相続分差別を違憲とした最大決平成二五年九月四日(民集六七巻六号一三二〇頁)がある。

(3) この点につき、時國康夫『憲法訴訟とその判断の手法』五頁(第一法規、一九九六年)(初出・法曹時報一五巻五号一九六三年)は「抽象的な法律判断だけで憲法上の争点が判断される場合がないではない。しかし：抽象的に法律論を展開するだけでは足りず、憲法上の争点を立法事実に基づき構成し、その存否につき立証をなすことを要する」とする。なお、立法事実に関する、わが国における先駆的論文として芦部信喜「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査―アメリカの理論・実態とその意義―」柳瀬良幹編『憲法の諸問題 清宮博士退職記念』(四八三頁)(一九六三、有斐閣)。この論文では、アメリカの判例・学説が、主として法律の合憲性の推定の観点から整理され、立法事実においては「特定の法律によって形式的な理論が予定する事実上の結果が果たして生ずるかどうか、という因果の連関」が問題になるとしている(同書四八五頁)。アメリカと日本の判例を比較する形で議論を紹介したものとして、和田英夫「憲法訴訟と立法事実―試論的覚書―」法律論叢四一巻一頁(一九六七年)。和田は、東京都公安条例事件(最大判昭和三五年七月二〇日刑集一四巻九号一二四三頁)が、いわゆる「一瞬の暴徒化」論を、社会科学的専門的権威書を上げることなく判断根拠としていること、公衆浴場事件(最大判昭和三〇年一月二六日刑集九巻一八八九頁)が公衆浴場の「偏在・濫立」を何等の証拠に基づかず「健全な社会常識」として認定していることなどを批判している。同様に、立法事実に関してアメリカの議論に言及したのもとして、ジョージ・R・ハラダ「司法事実と憲法事実」阪本昌成・村上武則編『人権の司法的救済』(有信堂高文社、一九九〇年)二二九頁、安西文雄「立法事実論」ジュリスト一〇三七頁二七頁(一九九四年)。

(4) ウィルソンは、憲章一条の問題が提起された場合、政府は二つの種類の証拠を提出しなければならないとする。ひとつは、どのような根拠に基づいてその法律を定めたのか、についての証拠である。すなわち、いかなる社会問題に対処しようとしていたのか。どのくらい深刻なのか。これに対処するために政府の選択肢はいかなるもので、なぜそれが選ばれたのか、これらはすべて法律の「目的」についての証拠である。しかし、その一方で、これらの目的がいかに称賛に値するものであったとしても、その「効果」を理由として法律が無効となることがある。すなわち、政府の解決策が、いかなる効果を市民の権利に及ぼしているのか、もしも何らかの影響が及んでいるならば、政府は、よりよい方法は存在せず、他の方法では不十分で、差し迫った懸念事項に効果的に対処するためには、権利へのある種の影響は避けられないことについて、更に証拠を提出して、裁判所を納得させなければならぬ。Hon. Bertha Wilson, "Constitutional Advocacy", (1992) Ottawa L. Rev. 265 at 268-69. [Wilson] 同様に、田中正人「立法

事実の証明の必要性及び証明の方法―福岡高裁昭和六〇年二月五日判決〕判例タイムズ八九〇号五頁（一九九五年）は、基本的人権の制約にはその必要性及び手段の合理性が事実（立法事実）によって裏付けられなければならないとし、その事実は立法当時だけでなくその適用時期においても存在しなければならないとする。なお、この問題を挙証責任の観点から論じたものとして、内野正幸「法律の違憲審査における『挙証責任』」芦部信喜先生還暦記念論文集刊行会『憲法訴訟と人権の理論』三二四頁（有斐閣、一九八五年）。

(5) 一般に、裁判所は、制定法律の賢明さ、又は、有効性の問題は、政策の問題として立法府に委ねられるとして、憲法判断の対象外としている。しかしながら、時として、その法律が実際に及ぼす影響について考察がなされる。例えば、*Attorney General of Alberta v. Attorney General of Canada*, [1939] A.C. 117では、州には課税権限が認められ、これに基づき銀行への課税を定める州法が定められたが、この州法は、実際には、連邦の権限である、銀行業務そのものに影響力を及ぼしており、違憲とされた。この州法は、課税の見せかけにより、銀行業務を規制しようとする偽りの立法である、とされた。法律への憲法上の攻撃の一つとして、この「見せかけ」が主張された場合には、その攻撃されている法律の効果を測定する義務が裁判所に生じてくるのである。また、*Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299においては、公道において、書面による許可を得ないで印刷物を配布することを禁止処罰していた州法が問題となった。この目的は、歩道における交通を守り、公道にゴミを散らかさないためであるとされ、四名の裁判官は合憲とした。しかし、五名の多数意見は、この許可が実際にどのように行なわれているかを検討した。その結果、許可にあたっては印刷物の内容が審査され、エホバの証人等の不人気な少数派の団体による配布を禁止するための検閲として機能していると判断し、この法律が言論・信仰に関わり、州が権限を有する事項ではないとした。See P.W. Hogg, "Proof of Facts in Constitutional Cases" (1976) 26 U. Toronto L. J. 386 at 389. [Hogg's proof]

(6) 例えば、*Syndicate Northwest v. Amselem*, [2004] S.C.R. 551では、アパートのバルコニーへの装飾を禁止する規則が、公認のユダヤ教の信仰の自由を侵害するか、すなわち、ユダヤ教が設置を命じている仮庵を禁止できるかということである。当事者双方は、対立する専門家の意見を提出した。すなわち、信仰にとつて、自分用の仮庵が必要かそれとも共用の仮庵（アパートによつてこの設置は認められている）で足りるのか、事実審判事はいずれかを選択しなければならなかった。多数意見のアイアコブツチ



裁判官は、憲章が保護しているのは信念についての義務、及び、その任意の表明である。原告が確立すればよいことは、宗教行為が、主観的に、神との個人的な関係を生じさせているかどうかで、公認された宗教的ドグマによって、その行為が求められているかどうかにはかわらない、とした。See Mahmud Jamal, 'Legislative Facts in Charter Litigation: Where Are We Now?' (2004/2005) 17 N.J.C.L. 1 at 3-4. なお、事実審において、専門家の証人により立法事実が認定された場合、この判断は上訴審を拘束する問題になる。これについて、安西文雄「憲法訴訟における立法事実について(二)」自治研究六五巻二号八七八頁(一九八九年)は、専門家証人の信用性はその振る舞いで調べられるのではなく、学問上のデータとの整合性で判断されるので司法事実とは異なって拘束力をもたないとされる。

(7) 最高裁判所は、証拠調べの権限がないので、事実審により認定した事実拘束されるが、その事実認定の基礎とした証拠の価値評価に経験則違背があり、または、明らかな事実誤認の疑いがある場合には別である。更に、司法事実の場合、「なまの事実」とそれが憲法に違反するかどうか等の「法的価値評価」は別であり、後者については法律判断であり最高裁は下級審の判断に拘束されない。その例として、時國は、取調べの警察官が、被疑者を怒鳴りつけることは「なまの事実」、これが強制・拷問にあたるかは「法律判断」であるとしている。時國・前掲注(3)二頁。

(8) 戸松秀典『憲法訴訟 法律学体系』(有斐閣、二〇〇〇年)二二七頁は、立法事実論が、それ自体は単独の憲法判断の方法としてではなく、他の裁判法理との相互作用であること、例えば、合憲性の推定は立法事実が適正に推定していることの推定であり、立法裁量の広狭、審査基準の厳格・緩やかさは、立法事実の認定についての消極・積極さと結びついている点を指摘している。

(9) 「立法事実」の意味については、次のような説明がなされている。「立法の目的の正当性を支える社会的、経済的、文化的事実、およびその立法の必要性を裏付ける同じような事実が存在するかを審査し、その立法目的を達成する手段が必要かつ合理的であることを支える事実の立証も求められ」る、とされる。畑博行「憲法訴訟と立法事実」高田敏・畑博行編『憲法と行政法の現在』(二〇〇〇年、北樹出版)(五一頁)。また、安西文雄「憲法訴訟における立法事実について(一)」自治研究六四巻一二号一二六頁(一九八八年)は、立法事実とは「当事者間の争訟のみに関するものではない(社会的)事実であって、かつ、法準則また



は先例をつくるために用いられるもの」とされる。なお、立法事実とは、単なる「生のデータ」ではなく、これらの集積から「抽象的な事実」を抽出し、更に立法目的やその達成のための手段が合理的であることを支持するために再構成されているもの、この意味において、立法者の規範的処理を含んだものである、との指摘がある。神埼一郎「法律と条例の関係における「比例原則」「合理性の基準」「立法事実」自治研究八五巻八号九七頁（二〇〇九年）。

(10) 「事実」には、一般的事実と特定の事実があるとされる。「特定の事実とは…司法事実 (adjudicative facts) と呼ばれる。一般的事実とは…立法府が立法の資料として収集認定する事実と同質のもの…立法事実 (legislative facts) とも言われる」。時國・前掲注 (3) 一頁。

(11) 戸松は、わが国における最高裁は、立法事実を展開しても合憲とすること、または、これに立ち入らないことが圧倒的に多いと指摘している。戸松・前掲注 (8) 二四一頁。

(12) *R. v. Spence*, 2005 SCC 71 [2005] 3 S.C.R. 458. 両者を区別する点に批判的な見解として、Graham Mayeda, "Taking Notice of Equality: Judicial Notice and Expert Evidence in Trials Involving Equality Seeking Groups" (2009) 6:2 J.L. & Equality 201 at para 33. [Mayeda]

(13) *Hogg*, proof. *supra* note 3 at 365. なお、マグネットは、立法事実には、国家の存続を脅かす危機が存在するかどうか、又は、州による規制が、州際の通商に相当程度の干渉をもたらしているかどうか等の事実が含まれ、これらは限定的でもなければ、正確でもなく、意見と極めて似てゐる、と述べてゐる。Magnet, *supra* note 1 at 143. 憲法訴訟において、司法事実と立法事実の関係について、モーガンは次のように説明している。すなわち、司法事実においては、だが、何を、どのように行なつたかを確定するが、法の中に含まれる価値という観点からは、必ずしも確立されない。この後者を判断するためには、背後にある、より広範な情報に照らして司法事実を評価しなければならない。これには、しばしば、適切な一般的事実が含まれ、それらは社会的、経済的、政治的、科学的である、と述べてゐる。Brian Morgan, "Proof of Facts in Charter Litigation" in Robert J. Sharpe, *Charter Litigation* (Toronto and Vancouver: Butterworths, A division of Reed Inc., 1987) 159 at 162-3. [Morgan: proof]

(14) わが国において、legislative facts の意味内容をめぐって若干の議論がある。浅野博宣「立法事実論の可能性」長谷部恭男、

安西文雄、穴戸常寿、林知更編『高橋和之先生古稀記念 現代立憲主義の諸相上』四二三頁(有斐閣、二〇一三年)は、芦部信喜が、立法事実を「法律を制定する場合の基礎を形成し、それを支えている―背景となる社会的・経済的―事実」としているが、この説明はデイベイスが legislative facts を用いてあらわした意味とは異なっている。デイベイスは、行政過程における事実認定のあるべき規律について論じ、「法適用のためになされる事実認定」と「法形成・政策形成のためになされる事実認定」とを区別し、後者において証拠法と同様の規律を及ぼすことは適切ではないとしていた。すなわち、デイベイスによれば、legislative facts は主体としての立法府ではなく、作用としての立法作用を指していたのである、と指摘している。

(15) *R. v. Spence*, 2005 S.C.C. 71, [2005] 3 S.C.R. 458. See Fred Gjoeka, "Rethinking the Conclusiveness of Judicial Notice: A Theoretical Approach" (2009) 14 Appeal 100 at para 4. [Gjoeka] なお、この事件で法廷意見を執筆したビーニ―裁判官は、非司法事実の中には、立法事実に加えて社会的事実も含ませてゐるとの指摘がある。Ibid. at para 56.

(16) Barry L. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts The Function and Scope of Judicial Review*, 3d ed. (Toronto and Vancouver: Butterworths, 1988) at 274. [Strayer] もっとも憲法事実を法令の憲法判断に影響する事実ととらえるならば、立法事実に限定する必要はなく、司法事実も含む概念と考えてよいと思われる。この点について、江橋崇「立法事実論」芦部信喜編『講座 憲法訴訟(第2巻)』七二―七三頁(有斐閣、昭和六二年)も「憲法的司法事実」として次のように説明している。「当該の事件に関する事実(事件事実、司法事実ないし判決事実)のうちで憲法上の争点に関連するものである。典型的には、訴訟当事者が自己の憲法上の権利が侵害された旨を申し立てているときに、それを支えるものとして主張されている当該事件の事実」とされている。また、戸松・前掲注(8)一三五頁は、立法事実と司法事実の双方から憲法事実が成り立っているとし、憲法事実の問題は、単なる事実の問題にとどまらず、法的価値評価・法的判断と結合していると指摘している。更に、司法事実と立法事実を区別することの必要性は、法令の文面・全体無効 void in toto に加えて、適用違憲 unconstitutionality as applied も視野に入れて考察するならば肯けるところである。すなわち「通常の適用においては、法律は一般的に有効かもしれないが、具体的な個人に適用される場合には無効となりうる」のであり(Strayer, ibid. at 270)、法廷に存在する当事者の具体的な事実の中に、憲法判断を左右する事実が含まれることは当然考えられるからである。この点について、江橋・前掲書七五―七六頁は「付随的違憲審査制の考え方

によれば、訴訟で問題になるのは、当該事件における法令の適用の憲法適合性であるが…そもそも法令自体が違憲であって、その瑕疵が当該事件における執行にも含まれているという法令違憲の主張がありうる。訴訟当事者は、たしかに自己の権利の問題を語っているのだが、その内容は、法令の本来的な違憲性に関する一般的な立論を核とする」としている。

(17) この点は、わが国においても同様の認識がなされている。江橋・前掲注(16)七〇頁は、司法事実については認定の方法がルール化されているが、「立法事実に関しては、司法事実と違った取扱いがなされるべきことが強調されるだけで、訴訟過程での取扱いはルール化されていない…立法事実の認定は、裁判所によって相当恣意的に行なわれてきた」とする。

(18) 立法事実を裁判所に提示する具体的な方法は、アメリカでは、トライアルにおける専門家の証人、訴訟人のブランダイス・ブリーフ、裁判官の独自の調査による司法確知、アミカス・キューリエのブリーフ、裁判官による専門家の任命、による。カナダの場合は、トライアルにおいて専門家の証人の利用、ファクタムへの導入、当事者の主張と支持する権威について述べるブリーフ、照会の申立て、照会を行う裁判所が用意するケース、である。John Hagan, "Can Social Science Save Us? The Problems and Prospects of Social Science Evidence in Constitutional Litigation" in Robert J. Sharpe, *Charter Litigation* (Toronto and Vancouver: Butterworths, A Division of Reed Inc. 1987), 213 at 215-16. [Hagan]

(19) 証拠がトライアルの宣誓証言で提示された場合、証人は、宣誓のうえで証言し、相手方弁護士、及び、判事による尋問を受けることになる。反対尋問が行われ、証拠の浄化が行われ、証人の証言の信用性が確定する。Morgan, *supra* note 6 at 184. なお、本来、法律上の議論は、宣誓供述書の中に含ませることはできない。労働者補償法の再雇用に関する規定が、郵便局等の連邦の企業に適用されるかが問われた事件で、委員会側の弁護士が、この法律の立法沿革及びそのスキームを説明する内容の宣誓供述書を提出したことが問題になった。裁判所は、宣誓供述書に、このような広範な内容を盛り込むと、反対尋問によってもその内容を裁判所が理解することができなくなるが、これらを *lacum* のなかで述べるのが可能であるとした。本件の宣誓供述書には、政府の報告書及びハンサードが含まれていたが、これらは宣誓供述書の助けを借りることなく、立法事実の証拠として提出可能であり、book of authorities に添付することが可能である。See *Canada Post Corp. v. Smith*, (1994), 20 O.R. (3d) 173. See, Robert E. Charney, "Evidence in Charter Cases: Expert Evidence and Proving Purposes" (2004/2005) 16 N.J.C.L.1 at 7. [Charney] 116-16

うに、宣誓供述書は、法律の解釈のためには提出が認められないが、複雑で技術的な法律上のスキームが、実務においてはどのように適用され、機能しているかについて説明するために、しばしば宣誓供述書が必要になる。例えば、*Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario*, [2001] 1 S.C.R. 470 では、政府による学校への資金提供の合憲性が問題になっていたが、その提供の方法がきわめて複雑で技術的であり、この問題の専門家の説明がなければ、実際どのように資金提供されているのかを裁判所は判断できない。宣誓供述書はこの点を説明してゐた。Charney, *ibid.* at 11-12.

- (20) John Sopinka, Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2d ed. (Toronto and Vancouver: Butterworths 1999) at 1055. Also Hogg · proof, *supra* note 3 at 394. 我が国におつても、裁判所が立憲事実を認定するための別段の手續法は存在しない。そこで、通常の訴訟手續きが適用されることになるが、立憲事実が「公知の事実」(一般に知られた事実)又は「裁判所に顕著な事実」(裁判所がその職務上あきらかに知りえた事実)であれば立証は必要とされない、とされる。時國・前掲注(3)一六頁。

- (21) カナダ最高裁も、このアメリカの判例の流れを好意的に受け止めていると思われる。例えば、*Ford v. Quebec*, [1988] 2 S.C.R. 712 では、フランス語以外を用いて公共での標識を掲示することを制限するケベック州法の合憲性が問題となった。当事者は、言語の性質と社会におけるその役割に関する社会学的な証拠を提出したが、裁判所はそれらに依拠した。また、ケベックの法務総裁に対して、ケベックとカナダにおけるフランス語の地位を示す論文、報告書、統計等の提出を認めた。これらは、攻撃されている法律が、表現の自由への制約を正当化できるかどうかを測定するために参照されている。これらの証拠によって、この法律の言語政策が、適法であることは確立されたが、公共の標識をフランス語のみに限定することが、この政策に効果をもたらすために必要であるかについては証明されなかった。See Wilson, *supra* note 2 at 268.

- (22) ブランダイス・ブリーフの利用により、立憲事実に関する司法確知の基準は緩和されてきている。この理由について、まず、このブリーフの使用は、専門家の認定や意見を広範囲にわたり導入するのに最も効果的であること、次に、司法審査を含む事件の性質が、司法事実の厳格な評価を含む事件よりも広範であること、が指摘されている。See Hagan, *supra* note 9 at 219.

- (23) カナダにおいては、ブランダイス・ブリーフに相当するものとして、アペンディクスが添付されたファクタムがあるが、反イ

ンフレ事件 (*Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 37) で最高裁はこれを用いて、ある著名なエコノミストの報告書の提出を認めた。これにより、カナダにおいてもブランドイス・ブリーフの提出が認められることについて、重要な先例が形成されたと思われる。See Hagan, *supra* note 9 at 219.

(24) アメリカでは、ミューラー事件からブラウン事件を通してブランドイス・ブリーフが用いられ、立法事実に関する司法確知の基準が緩和されてきている。この理由についてホグは、二つの理由を挙げる。まず、このブリーフの使用は、専門家の認定や意見を広範囲にわたって導入するのに最も効果的であること、次に、司法審査を含む事件の性質が、司法事実が問題になる事件よりも広範であり、その事実が存在しているとする立法府の判断に、裁判所は合理的な根拠が存在しているかどうかのみを判断することになる、としている。Hogg, *proof*, *supra* note 3 at 396. See Hagan, *supra* note 9 at 219. 社会科学の蓋然性について、絶対的な確かさは決して可能ではないが、ややあいまいに定義された「十分な蓋然性」*sufficient probability* というレベルが適切である。更に、この「十分な蓋然性」は、事件、当事者、判事が示す結果の範囲により、変化しうるものである。Hagan, *ibid.* at 220.

(25) 社会調査、世論調査からの結果を証拠に用いることは、伝聞証拠として許されないとの議論があるが、こうした調査は、社会科学的重要な情報源となつてきている、との指摘がある。Hagan, *ibid.* at 217.

(26) 時國・前掲注(3)二七―二八頁は、訴訟経済の観点から、立法事実について、社会一般に知られていないが、文献をみればたやすくわかる場合、正規の証拠調べの手続きは不要で、当事者が上告趣意書、答弁書等に文献を記載して職権調査すれば足りるとする。

(27) マグネットは、立法事実を認定するためのシステムは、立法府が裁判所を圧倒している、とする。立法府は、事実の認定のために、委員会を設置して専門家を召喚し、報告書を提出させ、広範な調査権限を有する委員を任命することができる。これに比べると裁判所の事実認定のためのツールは何とも色あせて見える、としている。Magnet, *supra* note 1 at 104.

(28) マグネットは、裁判所による立法事実の認定が困難であるのは、予言的な事実や、見解に対立のある事実については立法者の選択が含まれ、政治的な内容を有するからであるとしている。Magnet, *ibid.* at 138.

(29) マグネットは、議会による立法事実の認定に関し、裁判所が考慮しなければならないのは、その能力の高さ、及び、政策判断

を考慮した事実の選択がなされていることであるとしつつも、裁判所は憲法の擁護者であり、この責任を事実認定の過程において過剰に議会に敬讓を示すことによって放棄することがあってはならない」としつつある。Magnet, *ibid.* at 106.

(30) Hogg, *proof. supra* note 3 at 395-97.

(31) この合理的根拠の基準をカナダの「憲章」が問題になった事件において適用することについては批判がある。その理由として、まず、第一条は、権利・自由への制限を行う場合には、その制限は、自由で民主的な社会において明らかに正当とされる合理的なものでなければならぬとしている。そこで、法律を擁護する立場の者は、立法のために合理的な根拠の存在以上を証明しなければならぬ。判事は、社会科学の証拠をある程度の厳格や some degree of rigor で調べなければならない。したがって、合理的根拠の基準は、憲章の下では不適切であるとされる。スウィントンは、この結論は、オークス事件のディクソン裁判官の述べているところに照らして正当と考えられるとしている。Katherine Swinton, "What Do the Courts Want from the Social Science?" in Robert J. Sharpe, ed. *Charter Litigation* (Toronto and Vancouver: Butterworths, 1987) 206. [Swinton].

(32) ブラウン事件では、立法にあたり、合理的な根拠が存在していたかどうかとは無関係に、達成された目的が、その害悪ゆえに憲法上不適切であると主張され、分離学校は黒人の子供の自尊心を傷つけているので不平等であることを証明する証拠が提出されている。この点において、裁判所は合理的根拠の基準よりも一層熱心に証拠を調べている。この証拠は法的意義を有する具体的な事実の状況の存在を証明するために提出されているからである。See Swinton, *ibid.* at 205.

(33) カナダにおいては、従来、事実問題を考慮することなく文面上の審査により憲法問題を処理する傾向があったとされる。その理由として、事実の認定は、証拠と司法確知によりなされ、前者においては反対尋問可能なもの、後者においては極めて明白な事実のみが可能であったため、裁判所は違憲審査における立法事実の審査に消極的であった。更に、弁護士も、外的資料の収集・提出の訓練を受けていなかったことが原因であるとされる。佐々木雅寿「カナダにおける違憲審査制度の特徴(中) 北法三九巻三号 二〇二頁(一九八八年)」。

(34) *Alberta (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1988], 4 D.L.R. 433.

(35) この事件の詳細については、佐々木二・前掲注(33) 一〇三—一〇四頁。

(36) 我が国においても職権調査により認定した立法事実を当事者の目にさらすことの重要性が指摘されている。時國・前掲注(3) 二七—二八頁。

(37) ラスキン首席裁判官の order for directions により相当の量の外部的資料が提出されたが、これらの資料は立法・憲法沿革に関わるもの、著名なエコノミストによる、インフレがもたらす害悪についての分析、カナダの経済状況、インフレに対処するための様々な政策的選択肢、等々であった。なお、ラスキン裁判官は、外部資料の提出可能性について一般的に判断することに反対して、憲法問題の性質によってこれらは判断されるべきであるとした。Re Anti-Inflation Act [1976] 2 S.C.R. 373, 389. See Morgan, *supra* note 6 at 166-67.

(38) Hogg, proof, *supra* note 3 at 404. ハイガンも、反インフレーション法事件で最高裁は、ある著名なエコノミストの報告書から成るアペンディクスが添付されたファクタムを受け入れたとし、このことは、カナダにおいて、ブランドイス・ブリーフに相当するものが提出可能であることについて、重要な先例が形成されたことを意味するとしている。Hagan, *supra* note 9 at 219. また、モーガンは、憲章以前の事件だけでなく、憲章が問題になった事件においてもブランドイス・ブリーフは広範に認められているとする。そして、この方法によって裁判所に提示される資料は、宣誓のうえでの供述書ではなく、相手方当事者による反対尋問の対象でもなく、更には司法確知が認められるための基準も満たしていないが、状況によっては、専門家による広範な意見を裁判所に伝えるための費用と時間面で効率的な唯一の手段であり得るとする。そして、更に、憲法上の事実の性質と憲章の判断形成にとって中心的である、合理性と均衡性のテストの適用においては、司法事実を判断するために必要とされる、厳格な証明はしばしば必要とされない、とする。Morgan, *supra* note 6 at 178-79. もっともカナダでは、ブランドイス・ブリーフは、憲章の初期の段階で広く用いられたが、最近ではそれほどないとされる。その中には、実験的で、資料を見るだけでは明らかではない、体系的、政治的偏見が存在するかもしれない事が懸念されるからである。Lori R. Sterling, "Emerging Issues and Trends in Constitutional Evidence" in Debra M. McAllister & Adam M. Dodek, eds, *The Charter at Twenty Law and Practice* 2002 (Ontario: OBA, 2002) 65 at 72. [Sterling]

(39) Hogg, proof, *supra* note 3 at 404.



(40) 立法目的を証明する際、理論上は、すべての立法沿革（の資料）は提出可能とされる。すなわち、ハンサードの他に、立法の草案、ロイヤル・コミッション・レポート、法改革委員会レポート、議会委員会の議事録 *Proceedings*、政府の政策文書が含まれる。しかしながら、議員の個人的な発言の提出が認められるかは問題がある。マッキンタイア裁判官は、政治家の言論は、発言者の見解を示しているだけで、議会の意図を表明しているわけではないとして、その提出可能性を消極的に考えている。Reference *re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, 319.

(41) Peter W. Hogg, "Legislative History in Constitutional Cases" in Robert J. Sharpe, *Charter Litigation* (Toronto and Vancouver: Butterworths, A Division of Reed Inc. 1987) 131 at 131-32. [Hogg: history]

(42) 法律の意味を明らかにするにあたり、立法沿革に決定的な意味をもたせる考え方がある。これがオリジナリズムと呼ばれるものである。しかし、この考え方がカナダにおいて支持されたことは一度もないとされている。See Hogg: history, *supra* note 28 at 151. その理由として、まず、法律の制定者は一体だれか、それほど明確ではないということが挙げられる。六七年及び八二年憲法は、イギリスの議会によって立法された。しかし、六七年憲法のほとんどの規定は、シャーロットタウン、ケベック、ロンドンの一連の会議の中で発展してきた。八二年憲法の規定は、連邦議会の双方の議院の革命という形式で定められ、その規定のほとんどは連邦議会の委員会で議論され、最終的な文言は連邦と州政府の間の会議で議論されてきた。こうしてみると誰を制定者として挙げればよいのか、問題である。次に、団体の意思の特定が困難であることが挙げられる。たとえば創設者が特定できたとしても、一つの意思を、議会という団体に帰属させることが可能かどうかである。たとえば、制定者の一人の見解が確かめられたとしても、団体の意思はまだまだなされていないかもしれない。多くの者によって、それぞれの見解が団体全体の見解だと主張されるかもしれないからである。See Hogg, *ibid.* at 153. 更には、提出された立法沿革をどこまで信頼できるか、その信頼性の問題がある。法律家がアクセスできる連邦制以前の資料は僅少であり、また、歴史的リサーチ又は分析についてトレーニングを積んだ法律家はほとんどいない。結局、歴史的な資料は、その政治的な判断の隠れ蓑になってしまうかもしれない。See Hogg, *ibid.* at 154. こうしたことから、カナダでは、憲法についてオリジナリズムとは異なっておりビンゲ・ツリーという考え方が採られてきた。すなわち、六七年憲法はその自然的な限界内において、成長し拡大する可能性ある、活きた樹木を植えつけているとしている。この進歩的な解釈に



よって六七七年憲法は、二度の世界大戦、世界恐慌、工業化、都市化、通信、物流の発達……から生じた変化を受入れ、政府規制と福祉国家の発展を導いた。この間ほとんど改正なくして六七七年憲法はこの変革に耐えてきた。八二年憲法さえも、六七七年憲法のほとんどすべてを手つかずのままとしている。更に、進歩的な解釈の原理が、創設者の意図と必然的に矛盾すると結論するのは誤りである。憲法の適用に関する詳細は、将来の裁判所に委ねることについて創設者も同意している、とされている。See *Hogg, ibid.* at 155.

(43) *Hogg: history, supra* note 29 at 132. 立法沿革は、議会の意図 *intention* に光を照らすといわれるが、あまり役立たない。議会はいくつの議員から形成され、議論を戦わせているため、一つの意図をもつということはあり得ない、との指摘がなされている。

*Ibid.* at 133.

(44) *Hogg: history, supra* note 29 at 132-33.

(45) *Strayer, supra* note 8 at 275-76.

(46) *Strayer, ibid.* 8 at 276. マグネットは、立法府は多くの議員からなる無形の団体 *incorporeal body* であり、法的フィクションであるため、その意図それ自体は空虚な概念であり、カナダの裁判所は、法律の制定過程における個々の議員の発言等は、立法府それ自体の意図とは無関係であり、法律の合憲性を判断する場合に証拠としてその提出を認めてこなかったとする。Magnet, *supra* note 1 at 99. チャーニーも同様に、議員の発言の動機や意図には注意しなければならない、とする。議員は、法律の目的とは無関係に賛成したり、反対したりしている可能性がある。その動機は、政党の規律であったり、再選を望んだり、その他の政治目的が動機となっているかもしれないからである。Charney, *supra* note 10 at 19. コリー裁判官も特定の議員の意図は、連邦議会全体の意図と同じではなく、議会の意思は、規定の文言のみから認定されるとする。また、議会の政治的性格によって、発言の信頼性には疑問が生じてくる。すなわち、それぞれの議員は、自分の立場に都合がいいように、それぞれの目的を主張することがありうるし、その発言は、立法についての最終的な投票の時点におけるその立場を反映していない事すらあるとしている。See *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761. 国会議事録の信頼性とそれへのウェイトが限定的であることは *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463<sup>63</sup> 及び *Reference re Upper Churchill Water Rights Reservation Act*, [1984] 1 S.C.R. 297<sup>64</sup> 及び *Charney*, [1994] 3 S.C.R. 463<sup>65</sup> 及び *Reference re Upper Churchill Water Rights Reservation Act*, [1984] 1 S.C.R. 297<sup>66</sup> を参照。See Charney,

*ibid.* at 14-15.

(47) D.G. Kilgour, "The Rule against the Use of Legislative History: Canon of Construction or Counsel of Caution?" (1952), 30 Can. Bar. Rev. 769 at 776. ホン・キルクア Re Residential Tenancies Act, [1981] 1 S.C.R. 714, 721において、最高裁が、法律制定時に就て議会びなされる発言は、証拠上の価値がほとんどないの提出可能性がないとされていることを踏まえつつ、それらが何らかの役に立つ可能性はあるとする。とりわけ、主要な政府のスポークスマンの発言については、これを提出不可とすることには消極的である。See Hogg, history, *supra* note 29 at 142.

(48) Magnet, *supra* note 1 at 102.

(49) *Ibid.* at 103.

(50) Strayer, *supra* note 8 at 276.

(51) *Reference re Residential Tenancies Act* (1980), [1981] 1 S.C.R.714.

(52) *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61.

(53) Dave Snow, "Blunting the Edge: Federalism, Criminal Law, and the Importance of Legislative History after *Reference re Assisted Human Reproduction Act*" (2015) 48 U.B.C. L. Rev. 541 at para 41.

(54) *Reference re Residential Tenancies Act* (1980), [1981] 1 S.C.R. 714 at 723. この後、この種の証拠は参照されている。R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, R. v. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 S.C.R. 713. ホン・ハンスアード Hansard debates を参照せよ。この「連邦議会の意図の少なくとも一部にこの法は認識されつつ」と指摘している。Maneesha Deckha, "Legislating Report: A Pro-Choice Feminist Analysis of Embryo Research Restrictions in Canada" (2012) 58:1 McGill L.J.199 at 211. なお、この法律解釈に関する議員等の発言の提出可能性の緩和傾向は、憲法それ自体の意味を明らかにしようとする場合にも同様に認められる。すなわち、A.G. (Canada) v. Can. Nat. Transportation, Ltd., [1983] 2 S.C.R. 206, 225-26 において、ラスキン首席裁判官は、六七年憲法・九一条における刑事法制定権限の意味を説明するために、コンフェデレーション・ディペイトに言及している。また、*Reference re Manitoba Language Rights*, [1992] 1 S.C.R. 212 によつて、六七年憲法一三三三条の意味を探るため

に、やはりコンフェレイション・デイベイトに言及している。Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486, 504-07 では、憲章の意味について、上下両院特別協議会での手続を参照することができると問題になった。この協議会は、政府によって提案されていた憲章について集中的に審議を行い、これにいくつかの修正を加えた上で、議会に報告を行っていた。多数意見を執筆したレイマー裁判官は、ここでの司法大臣の発言等は証拠として提出可能であるが、憲章を定めた者の意図の証拠としては、最低限度のウェイトのみが認められるとした。

(55) Charry, *supra* note 10 at 19.

(56) *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia*, [1993] 1 S.C.R. 319.

(57) Charry, *supra* note 10 at 21-23. この見解は最高裁によっても支持されている。Consortium Developments (Cleanmator) Ltd. v. Sarnia (City), [1998] 3 S.C.R. 3 は、地方議会の議員の証言は地方の法律の憲法上の妥当性を判断する場合に提出可能ではないとした。最高裁は立法の目的とそれぞれの議員の動機とを区別し、前者については関連性があるとして、その提出可能性を認めた。多くの議員から成る議会において、その動機がなんであるかは、現に立法したということを除いては、知ることはいくつかできない。また、*Delisle v. Canada*, [1999] 2 S.C.R. 989 では、法律の目的と議員 government player の戦略的な動機とを区別することが強調されている。チャーニーは、議員を裁判所に召喚して議院での発言について、又は、立法過程においてどのように投票したかを証言することを強制することは、議会特権という憲法上の原理を侵害する」とした。Charry, *supra* note 10 at 20-21.

(58) *Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic Co. of Canada*, (1991), 2 O.R. (3d) 65.

(59) *Ibid.* at 111. バスも、法律の合憲性についての判断を、その法律を導入し、又は、支持していた内閣が、その秘密を放棄するか否かに依存することは、憲章一条の観点から問題がある、すなわち、憲章一条の正当化事由を、内閣のメンバーの主観的意図、及び、政策判断にかからしめるとの危険がある、とする。更に、バスはこれに加えて、内閣の文書が提出されない理由として、内閣の内部での自由な発言を確保するという目的が重視されている。すなわち、ウェストミンスターモデルの下で確立している内閣の秘密は、よき政府にとって本質的なものであり、包括的で遠慮なき議論を可能にする。政府が具体的な事件で秘密を開示しないのは、内閣のメンバーに萎縮の効果をもたらさないこと、公共政策に関する高度に政治的な問題（銃規制、中絶、同性婚等）に関

して、不完全な情報に基づく、又は、揚げ足取りの反応を避けること」を理由としている。Basu, *supra* note 1 at 123-24. その他、提出に消極的な判例として *Alberta (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1939] A.C. 117 at 130-31. また、*Taxada Mines Ltd. v. Attorney General of British Columbia*, [1960] S.C.R. 713 においては、州の首相の発言等が問題とされていたが、最高裁は「これらの発言は公判においては証明されなかったし、もしも、証拠として提出されようとしたならば、疑いなく提出不可として排除されたであろう」とした。*Ibid.* at 720. 更に、*Attorney General of Canada v. The Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] S.C.R. 775 において、法律の真の目的を明らかにするために提出された Minister of Finance の議会内外での発言は原審により証拠から排除され、これを最高裁の裁判官全員一致で支持している。ただし、行政規則については、この考え方は必ずしも当てはまらないと思われる。See *Central Canada Potash Co. v. Saskatchewan (Attorney General)*, 1975 CanLII 824.

(60) ホグは、七〇年代後半から八〇年代にかけての次の五つの最高裁判決が政府の報告書等への提出可能性を認めていることを前提に、議員の発言等もウェイトの問題として、その提出は認められるべきと結論している。Hogg, *history*, *supra* note 29 at 141. すなわち、*Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373 においては法案提出時に議会に示された白書及び法案に関して下院でなされた言論、*Reference re Residential Tenancies Act*, [1981] 1 S.C.R. 714 においてはオンタリオ法改革委員会の報告書及び政府出版の録書、*Reference re Exported National Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004 においては政府の政策文書、*Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112 においてはヘロイン使用者の治療とリハビリに関する政府報告、*Re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297 においては立法目的を説明する政府のパンフレットである。

(61) この事件では、医師による、四名の患者に対する婦女暴行容疑が問題となっていた。被告人は、被告人がこうした犯罪をおかすグループには所属していないことを示す専門家の証拠を提出したが、裁判所はこれには信頼がおけず、役に立つとはいえないとして証拠排除した。その際には次の四つの基準から判断されている。①関連性（最初に審査されるが、その事実が、その手続において提起されている問題を確立する傾向にあるならば、その事実は一応提出可能である）、②必要性（裁判所は、その証拠がなければ、複雑な社会的、又は技術的な問題を的確に理解することができない、場合である、なお、しばしば見過ごされがちだが、他の手段によってはその見解が得られない事も含まれる）、③他の排除法則に該当しないこと（証拠に関する他の一般原則に違反し

ていないことである）、そして④適切な資格を有する専門家（特に、中立性と独立性は資格を判断する場合の重要項目である）の四つであり、これらすべてを満たしてはじめて提出が認められる。*R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at 20. See Roslyn Mounsey, "Social Science Evidence as Proof of Legislative Fact in Constitutional Litigation for a Reliability Analysis" (2014) 32.2 N.J.C.L. 127 at 133. [Mounsey] 更に、この事件では、提出可能性を判断するためのガイドラインが示されている。①具体的な事実ごとに提出可能性が判断される。したがって、ある場合に認められても、別の場合には認められるとは限らない。②裁判所は、信用のかけない証拠の侵入を防ぐ、門番の役割を果たさねばならないこと。③目新しい科学理論や技術を示す専門家の証拠には、特に精査が必要である。最終的な問題についての見解であれば、一層厳格な精査が求められる。④信頼性は、提出可能性の問題について重要な問題であるが、関連性及び資格を有する専門家の基準の一部でもある。*Mohan ibid.* at 20-26. Mounsey, *ibid.* at 134-35. 以上から、マウンシーは、専門家の証拠に関して、その提出可能性は、科学的なコンセンサスの有無ではなく、科学的な妥当性である。すなわち、専門家がどのような発言をしたかではなく、その発言にいかなる根拠があるかを分析するのが任務である、としていふ。*Mounsey, ibid.* at 135.

(62) Fred Gjoeka, "Rethinking the Conclusiveness of Judicial Notice : A Theoretical Approach" (2009) 14 Appeal 100 para. 3. [Gjoeka] また Stanley A. Schiff, "The Use of Out-of-Court information in Fact Determination at Trial" (1963) 41 Can. Bar. Rev. 335, 338-39. [Schiff] は「コモンロー法廷においては、証拠によらずに司法事実が認定されるのは（司法確知されるのは）、その事実が、コミュニティにおける合理的に教育された者の、通常の考え及び経験の一部である場合であるとしている。そして、その事実は、普遍的に知られている必要はなく、論争の場所において著名であれば足りる」としている。また、外国法に司法確知が及ぶか問題になるが、司法システムは判事が他の管轄の法律を知っていることを要求していないため、その専門家の証拠によって提出されるべきである。しかしながら、外国法が、国内法の背景となっている情報を提供している場合がある。この場合には立法事実の問題となる。See Allan R. Flanz, "Judicial Notice" (1980), 18 Alta L. Rev. 471, 475. [Flanz]

(63) *R. v. Find* [2001] 1 S.C.R. 863 at para 48. この例として、フランツは「二週間はビートの妊娠期間としては短すぎる、学識の発展はオックスフォード大学の設置した目的の一つである、猫は家庭内で飼われる、ロンドンの通りは交通量が多い、等々を挙げて

こと。Planz, *supra* note 62 at 471. なお、立法事実を司法確知する場合「顕著性」の要件が緩和される理由として、安西・前掲注(6)八八―八九頁は、流動的な性格を有する社会的事実を正確に記述する能力を社会科学は欠いており、従って、こうした事実を証拠によって顕出することには限界があり、議論の余地なき程に明確なものとはいえず、多くの立法事実が司法確知でなくなる、としている。

(64) Edmund M. Morgan, "Judicial Notice" (1944) 57 Harv. L. Rev. 269, [Morgan-notice]

(65) Schiff, *supra* note 49 at 340. なお、司法確知の範囲を限定する理由は、本来、事実の確定には、対立する当事者が相互に資料を提示することが必要であるからとしている。すなわち、利害を異にする当事者は、それぞれが自分の立場を強化し、相手の立場を攻撃する資料を提供することに熱心であり、こうした努力が積み重ねられる、公平な法廷において、はじめて真実が明らかとなる、としている。Ibid. at 337.

(66) Morgan-notice, *supra* note 51 at 292.

(67) Schiff, *supra* note 49 at 341-42. また、モーガンは、司法確知の濫用を避けるために、司法確知を行うことを当事者に告知し、対象となっている事実が、はたして著名なものであるかどうかについての意見を述べる機会が与えられるべきであること、また、どの事実について、なぜ、司法確知されたのか、その理由を記録上明らかにし、上訴審で見直しができるようにしておくことを主張している。Morgan-notice, *supra* note 51 at 293-94.

(68) Schiff, *supra* note 49 at 350-51. See R. v. Spence, 2005 SCC 71. もっとも、わが国において、立法事実を事実審の手続で認定することに否定的な見解がある。すなわち、この手続は、過去に一回生じた具体的な事実の存否の確定において有用であるが、大量に発生する社会現象の全体的な把握等には適しておらず、たとえ法令解釈の前提のためであっても、これを事実問題として裁判所の審理の対象とすることは手続構造上、不可能としている。この見解に対して田中・前掲注(4)一〇頁は、立法事実の職権探知にあたり、通常の証拠調べの手続によらないという点は肯定できるが、これを裁判所の判断の対象外とすることは問題であるとしている。

(69) Mayeda, *supra* note 5 at para 16. また、シフは、具体的事実を裁判以外の経験から知った裁判官は、その内容を伝えるため

には、証人として、宣誓することが必要である。また、その面前で、証拠に基づき事実が証明されていても、この裁判官が、証人として証言することは、伝聞証拠のルールによって禁止される、としている。Schiff, *supra* note 49 at 341-42.

(70) 裁判官は、当事者によって提供された事実のみに基づいて判断していると推定される。しかし、当事者によって提供された事実のみに基づいては、現に生じたであろう事実を合理的に判断するには十分ではないことがある。すなわち裁判所は、提示された事実を結合し、これによって合理的な推論をしなければならない。ここに司法確知の役割が生まれるのである。Mayed, *supra* note 5 para 20. なお、戸松・前掲注(8)二四〇頁は、立法事実の採否については裁判所の裁量が發揮されており、この点に関する準則は存在していないとする。

(71) Strayer, *supra* note 8 at 288-89. R. v. Find, [2001] 1 S.C.R. 863 においてマクラクリン首席裁判官は、司法確知の対象となるのは、明らかに争いがない、又は合理的疑いがない事実についてなされ、宣誓に基づく証拠による証明の必要がない、更には反対尋問による検討もなされないもの、としている。すなわち、司法確知が行われる場合は限定され、専門家の証拠は、定義上、著名でもなければ即時及び正確な証明も不可能である、としている。そして、この事件では、子どもへの性犯罪に関して陪審に偏見がある、との事実が存在するかが問題になっていたが、マクラクリン首席裁判官は、この事実は、著名でも、争いがないともいえないとした。Ibid. at para 86. しかし、それにもかかわらず首席裁判官は、R. v. S (R.D.), [1997] 3 S.C.R. 484 において、カナダでは、社会的に不利な立場にある者たちが、歴史上差別を受けてきたとの事実は、司法確知の対象となりうるとした。もっとも、コリー裁判官はこれを否定している。Ibid. at para 123. Sterling, *supra* note 25 at 71-72. なお、ブランドイス・ブリーフには、伝統的な方法によっては証明されていない、学問的な著述や政策研究から成る社会科学のデータが含まれる。カナダでは、憲章の初期の段階では、広く用いられたが、最近ではそれほどでもない。それが実験的で、資料を見るだけでは明らかではない、体系的、政治的偏見が存在するかもしれない事が懸念されるからである。Sterling, *supra* note 25 at 72.

(72) Magnet, *supra* note 1 at 134. 事実が「明らか」とは何を意味するか必ずしも明らかではない。モーガンは、だれもがそれを知っているということではなく、直接証拠に対する伝統的な提出可能性のテストによればパスしそうもないが、信頼のおける情報源から、誰もが確かめることができることを意味するとする。Morgan, *proof, supra* note 6 at 172.



- (73) Magnet *supra* note 1 at 134. メイヤダは、司法確知された事実は、異なる見解によって攻撃されないもので、できるだけ狭い範囲で認められるべきとするが、ファーストネーションのような社会の周辺にある者たちの不平等な立場を証明するためには、司法確知はむしろ活発に用いられるべきとする。Mayeda, *supra* note 5 para 24.
- (74) Mahmud Jamal, "Legislative Facts in Charter Litigation: Where are We Now?" (2004/2005) 17 N. J. C. L. 1. [Jamal] は、この「証拠」の場合も併せて分析されている。
- (75) [1986] 2 S.C.R. 712. See Jamal, *supra* note 61 at 5-6. 更に、柔軟なアプローチをとる例として *Law v. Canada*, [1999] 1 S.C.R. 497 がある。この事件では、カナダ年金法による年齢差別は不利益をもたらしたかが問題となっている。アイアコブッチ裁判官は、平等への権利侵害は、既に存在する不利益を司法確知できる場合には、司法確知と法的理由づけを基礎として証明することができる。その結果、当事者の尊厳、又は、自由が侵害されていることを示すために、当事者は、データ、又は、一般には利用できない他の社会科学の証拠を付け加える義務を負担しないとした。 *Ibid.* at para. 77. その他、柔軟なアプローチをとる最高裁判例については、See Ranjan Agarwal and Faiz Lalani, "Noting the Obvious: A Reflection on the Supreme Court of Canada's Application of Judicial Notice under Sections 7 and 15 of the Charter", (2016) 35, 2 N. J. C. L. 131 at 141-43. [Agarwal & Lalani]
- (76) この認定とは、問題の連邦法律が、憲章一条の下で、オークス事件 (R. v. Oaks, [1986] 1 S.C.R. 103) の均衡性テストに適合しているかどうかに関する認定を要す。
- (77) *RJR-Macdonald Inc. v. Canada (A-G)*, [1995] 3 R.C.S. 199 at para 79. See Jamal, *supra* note 61 at 7-8.
- (78) *RJR-Macdonald Inc. v. Canada (A-G)*, [1995] 3 R.C.S. 199 at paras 80-81. See Jamal, *supra* note 61 at 7-8.
- (79) *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, 701-02. See Jamal, *supra* note 61 at 9.
- (80) *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1999] 3 S.C.R. 845.
- (81) *Ibid.* at 850.
- (82) *Ibid.* at 848. Jamal, *supra* note 61 at 10-11. この事件では、学校区は book of authorities の中に、前トロント市長の宣誓供述書、新聞の切抜き、報道機関向けの公表を含ませた。ビニー裁判官は、これらを authorities の中に密輸的に隠していたとし、



fresh evidence 提出の申立てが必要であるとした。しかし、この申立てでも認められず、論争のある証拠は、立法事実であるかに関わりなく、資格ある証人によって証明されなければならず、反対尋問によって真実であるかを確かめるための機会を与えられなければならないとした。*Public School Boards' Assn. (Alberta) v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 1 S.C.R. 44, 52. See Charney, *supra* note 10 at 6-7.

(87) Jamal, *supra* note 61 at 13.

(84) *R. v. Maimo-Lewin*, [2003] 3 S.C.R. 571, at paras. 27-28. See Jamal, *supra* note 61 at 14-15.

(85) この事件の下級審に関しは Agarwal & Lalani, *supra* note 62 at 137-39. において、次のようにまとめられている。それぞれの裁判所は、社会科学の研究を根拠として示して、その結論をサポートしていた。ケベック上位裁判所のヘリー裁判官は、差別を認定するためには、対象となっている区別がもたらす現実、及び、具体的な効果についての証拠が必要であるとした。提出された証拠は、破綻していない法律婚の家庭がこれ以外の形態の家庭よりも生活が豊かであることを証明するのみであって、事実婚を制定法から排除したことこの現実具体的な効果については証明していないとした。ヘリー裁判官は、専門家の証言を一切聞くことなく、その報告書に依拠している。また、これらの報告書についても法的な意見の部分は無視している。一般論として、対象法律の違憲的な効果の主張に基づく憲章の事件では、その効果が主張されていることを示す提出可能な証拠が提出されなければならない。ケベックの控訴審はヘリー裁判官の証拠に関する判断の多くを支持したが、事実婚の排除は差別的であると判示した。デュティル裁判官は、事実婚の排除は、法律婚よりも長続きしないからという理由であるとした。そして、事実婚の排除が具体的にいかなる影響をもたらしているかについて司法確知を行っていない点で、ヘリー裁判官を批判した。

(86) *R. v. Find*, 2001 SCC 32, at paras 51-60. See Agarwal & Lalani, *supra* note 62 at 140-41.

(87) *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, at para 54.

(88) *Ibid.* at paras 61, 63. See Agarwal & Lalani, *supra* note 64 at 141-42.

(89) Jamal, *supra* note 62 at 17. なお、時國・前掲注(3)一七―一八頁は、我が国の最高裁の判例において、「公知の事実」「裁判所に顕著な事実」ではないにもかかわらず職権調査が行われ、立法事実が認定された事件があり、これらは訴訟経済の観点から

は是認されるが、両当事者の目に与えられなかった資料に基づく認定がなされ、これが恣意的・専断的なものでないことを担保するものがないことが問題であるとする。

(90) Agarwal & Lalani, *supra* note 64 at 143-44.

(91) 以上のビナードの見解についてはAgarwal & Lalani, *supra* note 62 at 144-45による。なお、ビナードは、司法確知をこのように肯定的にとらえる一方で、これを緩和する考え方は、司法確知の理論からその内容すべてを剥奪し、判事に自分の思う通りに事実を作り上げることを許してしまうことを懸念している。その例として、Parham Commissioner, Department of Human Resources of Georgia v. J.R., 442 U.S. 584 (1979) においてバーガー首席裁判官が用いた司法確知を批判する。ペリーとメルトンS見解 (Gail S. Perry and Gary B. Melton, "Precedential Value of Judicial Notice of Social Facts: PARHAM as an Example," 22 J.Fam.L. 633) を紹介している。この事件では、対審のヒアリングなく、両親が未成年者の子をメンタルヘルスケアの施設に入所させることが、デュープロセスに違反しないかが問題となっていた。バーガー首席裁判官は、家族は、子どものための最大の利益のために行動し、対審手続が子どもに用いられる場合、その信頼性は得られないとした。しかし、この論文によれば、この判断は、社会科学の優勢な文献に矛盾するとし、最も利用価値の高い社会科学の証拠を入手・利用することなく、判断がなされた、としている。

(92) Agarwal & Lalani, *supra* note 62 at 145-46. 事実審において立法事実を認定するため、専門家の証人を求めることがある。この場合には、厳格な証拠法則が適用され、伝聞証拠の排除がなされるが、科学者の知識の大半は他者の研究成果等の伝聞に依拠していることが問題になってくる。安西・前掲注(6) 八七頁。

(93) Agarwal & Lalani, *supra* note at 147. なお、わが国における立法事実の認定について、次のような問題点が指摘されている。すなわち、当事者主義の原則からは、立法事実も通常の証拠調べの手続において、専門家の証言を活用しつつ認定されるのが原則である。しかし、実際には、当事者が提出した資料等がどのように評価され、いかなる資料を重視して判断されたかは明らかにされず、更に、参照された文献等の出典が示されることがほとんどなく、審査がどのようになされているのか不透明である、とされる。木下智史「職業の自由規制に関する違憲審査基準と立法事実論」法学教室二〇五号七〇頁(一九九七年)。

- (94) これには、司法確知の利用について当事者に告知すること、司法確知された資料の提出可能性に関して意見提出する合理的機会をあたえること<sup>97)</sup>が含まれる。Edmund M. Morgan, "Judicial Notice", (1944) 57 Harv. L. Rev. 269 at 293. [Morgan・Notice] Agarwal & Lalani, *supra* note at 146-47.
- (95) Morgan・Proof, *supra* note 6 at 172-73. なお、当事者が無視されてはならないとの手続上の必要性とは別に、社会的事実について議論の余地なしとされていることを、真実とすることには危険が潜んでいる。自明とされることが実際はフィクションかもしれないことを証明するのが、社会科学の最も有益な役割であり得るからである。*Ibid.*
- (96) Flanz, *supra* note 62 at 472. によれば、E・モーガンは、司法確知された内容は決定的であるとするのに対して、ウィグモア & セイヤーは、<sup>98)</sup> 反対する当事者からの反論を認める一見証拠の立場である。なお、司法確知された事実とその事実からの推論とは区別される。例えば、特定の晩が暦の上で満月であったことは司法確知できる。しかし、その晩、ごくわずかな明かりしかなかったことを示すために、雲が出ていたことを示す証拠の提出は認められる。*Ibid.* at 478. なお、裁判官が、個人的にその事実について論争の余地なしと考えていても、合理的な人間によって一般的に受け入れられていないので、やはり対審的な争いにその真否を委ねるべきとの考え方もある<sup>99)</sup>。Schiff, *supra* note 49 at 343.
- (97) C.T. McCormic, "Judicial Notice", (1952) 5 Vand. L. Rev. 296 at 322.
- (98) Gioika, *supra* note 7 at para 6.
- (99) Kenneth Culp Davis, "Judicial Notice" (1955) 55 Colum. L. Rev. 945 at 980. [Davis] リーディングケースとして *Ohio Bell Telephone Co. v. Public Utilities Commission of Ohio*, 301 U.S. 292 (1937) が挙げられ、カードーン裁判官は、司法確知がなされた場合にも、その効果は、当事者の一方に対して、通常の方法による証拠の提出を行う負担を取り除くとの効果を生じさせるだけであり、一定の事実によって不利益を受ける当事者は、その事実を争うことを妨げられるべきではないと、ウィグモアの学説を用いて判示している<sup>100)</sup>。*Ibid.* at 302.
- (100) John Henry Wigmore, 9 *Wigmore, Evidence*, 3d ed. (Chadbourn rev. 1981) §2567. Davis, *supra* note 86 at 978-79 同様の見解。

- (101) Gioka, *supra* note 7 at para 10.
- (102) Strayer, *supra* note 8 at 291-92.
- (103) *Ibid.* at 291.
- (104) Magnet, *supra* note 1 at 134.
- (105) とりわけ、憲法上の権利を制限する必要性が存在するか、これを裏付ける立法事実が存在するか検討される。もともと、これら人権条項が絶対無制限で、いかなる場合にも制限が許されないとするならば、立法事実の審査が入り込む余地はない。渡辺良夫「教科書裁判と『立法事実』」法律時報四一巻一〇号一二三頁(一九六九年)。
- (106) 田中・前掲注(4) 八―九頁は、わが国において、本来、立法事実は法規の解釈の問題であり、証明の対象にならずに裁判官が自由に探知すべきものである、と言い得る。しかし、裁判官の訴訟外の探知には制約があり、また、立法事実に関する資料を当事者の弁論にさらす必要性もあることから、これを証拠調べの手續に則り行なうことが許されないとはいえないが、この場合には、厳格な証明は必要とされない、とする。
- (107) 例えは、*Construction Montcalm Inc. v. Min. Wage Com.*, [1979] 1 S.C.R. 754, *Northern Telecom v. Communications Workers*, [1980] 1 S.C.R. 115. なお、立法者が一定の事実が存在することを宣言している場合、この事実及びこれに基づく具体的な権限行使の正当性も推定されるか、問題になる。これについてマグネットは、事実の存在は、これに基づく権限行使の内容そのものの正当性とは別である、としている。Magnet, *supra* note 1 at 115. 更に、有効性の推定は、憲法解釈の柔軟性に役立っているとする。これにより、憲法の意味が、立法を通して拡大されていくことについて、裁判官の意識を高めることができる。 *Ibid.* at 120. なお、田中・前掲注(4) 八頁は、合憲性の推定がはたらく根拠として「多数者の代表である立法院の意思を尊重するという民主政の理論と、三権は平等であって、相互に他の意思をみだりに否定しない礼譲を示すべきであるとする権力分立原理に基礎を置く司法の『自己制限』の『内容』とする。
- (108) Hogg, *proof*, *supra* note 3 at 405.
- (109) *Ibid.* at 406.

(110) この点について、時國・前掲注(3)二九頁は、刑事訴訟の場合には、法令の合憲性を防御し、これを裏付ける立法事実は検察官によって主張され、文献等を上げて職権調査をしてほしいと主張されるが、民事訴訟の場合、国に参加させる特別の規定は存在していないから、立法事実については裁判所が自ら職権により文献等を調査しなければならないとする。そして、この場合には、憲法判断の公正さを示すためこれら文献等を当事者にさらした上で、これを争う機会を与える必要性があるとする。

(111) Strayer, *supra* note 8 at 293.

(112) Magnet, *supra* note 1 at 108.

(113) *Ibid.* at 109.

(114) 時國・前掲注(3)二九頁は、我が国の職権調査においては、刑事と民事の手続において裁判所の役割は異なると指摘する。前者の場合、検察官が法の合憲性を防禦し、その裏付けとなる立法事実を主張し、著作等を挙げた上で職権調査を求める。他方、後者では、法の合憲性が争われた場合に国に参加させる特別の規定は存在せず、裁判所自らが文献等を調べて調査しなければならない、とする。

(115) 法律の目的には、マクロとミクロがあることに注意が必要である。マクロの目的はしばしば自明である。例えば、環境法は、環境を保護し、競争法は公正な競争を確保しようとしている等である。議論が起こり、専門家の証拠が必要になるのはミクロの目的である。Sterling, *supra* note 25 at 68-69.

(116) 法律の「目的」が検討されているのが、*M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3である。ここでは、家族法二九条という「配偶者」に同性婚のパートナーが含まれるか問題になり、これについて法律の目的が何かという観点から検討されている。最高裁は、法律の目的は、経済的に依存していた個人間の、親密な関係が破たんした場合に生じてくる、経済的な問題に衡平な解決を示すこと、であると、同性婚のパートナーは「配偶者」に含まれず、相手方に対する扶助の義務が生じるのは、婚姻関係にある、コンロー上の配偶者に対してであるとした。一方、同意意見を述べたバスターチ裁判官は、多数意見とは見解を異にし、法律の目的は、婚姻関係にない女性の劣った地位にかんがみてのものである、とした。ゴンサー裁判官も、反対意見の立場であるが、立法目的についてはバスターチ裁判官と同じ意見であり、男性と女性という異性関係に存在する、特有の依存性に言及している。要するに、

この事件では、法律の目的は、事実婚に対して利益を及ぼそうとしているのであって同性婚に対するものではない、との主張に対して、配偶者に依存しなければならない、主として女性の立場を考慮しようとするのが目的である、との見解が対立している。ある。このように、法律の目的についての判断は分かれることがあるが、このことは、法律は、必ずしも一つの目的から成立しているのではなく、しばしば、相互に緊張関係にある、いくつかの目標をもち、相互のバランスから成り立っていることを示している<sup>117</sup>。Charney, *supra* note 10 at 12-14.

(117) *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, at para 33. See Sterling, *supra* note 25 at 67-68. 法律の効果に關する事実は四つのカテゴリーに分類できるとされている。①対象となる法律条文から生じた損失について、具体的に言及する原告の経験に關わるもの、②原告の経験をより広い尺度で裏づける専門家の証拠、これには、原告と類似の立場の人々を通じて、統計的な研究やその専門家又は他の専門家によって実施された定量的研究も含まれる。③外国法及び国際条約を含む国際的な経験に關する立法上の証拠、④法律の目的を達成する法律の有効性についての専門家の分析、ここでは様々なタイプの議論が提出され、例えば、政府は、法律による規制がない場合の財政上の影響について、原告は、同じ目的を達成するために、より制限的ではない立法で足り、法律が過度に広汎であることを指摘するため、それぞれの証拠を提出する。いずれにせよ、ほとんどの証拠は、法律の効果を証明するためにその提出は可能であるが、その証拠に対する反対尋問の機会が与えられることが必要である。Sterling *Ibid.* at 69-70.

(118) *Bedford v. Canada (Attorney General)*, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras 18. See Agarwal & Lalan, *supra* note 62 at 134-35. なお、マクラクリン首席裁判官は、第一審が示した社会・立法事実の認定に対して敬讓を示すことの重要性について説明している。すなわち、控訴審の判断は、第一審が認定した専門家、研究、研究データを単に二重写しにしているだけで、時間を浪費していること。社会的、立法的事実は、審判事実と密接にかかわりがあり、控訴審に、事実を調べるために別の資料の解明を求めることは不可能であること。最後に、誤りのある専門家の証拠がもたらす不正義を避けることの重要性に光を当て、最高裁においては、社会科学の証拠の提出は、専門家によってなされるべきことが好まれているとする<sup>118</sup>。Bedford v. Canada (Attorney General), [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras 51-54. See Agarwal & Lalan, *supra* note 62 at 136-37.

(119) 時國・前掲注(3)二頁は、わが国において「憲法上の法的価値評価をするに十分な司法事実を主張立証する責任は、通例は憲法上の保護を援用する当事者側にあると考えられるが、自白の任意性等捜査過程の公正さについての挙証責任は訴追者側にある」とする。

(120) モーガンは、憲章が保護している権利・自由への制限には正当事由が必要であることは憲章一条の文言によって明らかであるとする。判例法によれば、制限を正当化する責任は、この制限を支持している当事者によって負担されている。Morgan・Proof, *supra* note 6 at 168. 証明の基準は、①②ともに蓋然性のバランスに基づく民事の基準 the civil standard on a balance of probabilities が適用されるが、事件のコンテキストに応じて、その基準は変化する。たとえば、ポルノグラフィによって女性及び子どもに害悪が及んでいることについて、具体的な証拠に基づく科学的な証明は必要とされず、害悪が及ぶことについて理由のある懸念で十分とされた reasoned apprehension of harm. その一方で、煙草の広告への規制を無効とする場合、煙草の広告がもたらす害悪については、より具体的な証明が求められた。Sterling, *supra* note 25 at 66.

(121) Swinton, *supra* note 21 at 193.

(122) *Ibid.* at 193-94. これについてアメリカの事件であるが、*Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976) では、三・二%のビールの販売に男女で年齢差別を行っていることが問題になった。男性には二一歳以下、女性には一八歳以下に販売しないというものである。この差別的正当化理由として主張されていたのは、交通の安全である。若い男性の方が女性よりも、酒を飲んで運転することが多く、事故の原因となっている。オクラホマ州は、様々な統計を提出し、裁判所で精査されたが、この差別的禁止と交通の安全性との関連性は証明されていないとした。Swinton, *supra* note 21 at 192.

(123) この点について、社会における一定の事象について、原因と効果の関連性、及び、結果の蓋然性を明らかにするものであるとの指摘がある。Claire J. Heureux-Dube, "Re-Examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context", (1994) 26 Ottawa L. Rev. 551 at 568.

(124) エイガワル・ララニ共同論文によれば、社会科学が裁判所の助けとなるのは、①法を確立、又は、解釈するために社会的な権威を提供する、②社会的な問題を解決するために、社会的な事実のリサーチを提供する、③重要な事実問題の判断のために参照さ



れる枠組<sup>9</sup>又は、背景となるコンテキストを形成するために用いられる社会的な枠組みについての証拠となり得るということである<sup>90</sup>。Agarwal & Lalani, *supra* note 62 at 133.

(125) Swinton, *supra* note 21 at 197-98. なお、法律問題に関連する社会科学の証拠が存在しない場合もある。Craig v. Boren, (1976) 429 U.S. 190, at 208-09では、事故とアルコールの影響下での運転との間に関連性があることを示す証拠は存在するが、若い男性による三・二％のビールの購入と車の事故との関係についての証拠はないことが、ブレナン裁判官によって指摘されている。また、National Citizens Coalition Inc. v. A.G. Canada, (1984) 11 D.L.R. (4th) 481 (Alta. Q.B.) では、選挙運動期間中、政党又は候補者を通さない限り、資金提供が禁止されている法律が問題となった。こうした資金提供がコントロールされないならば、候補者への公正さが害されるところの懸念に基づく立法であったが、実際にこれが濫用されたこと、又はその可能性についての証拠は存在せず、表現の自由の否定であるとして無効とされた。Swinton, *supra* note 21 at 200-01.

(126) *Ibid.* at 196.

(127) Swinton, *supra* note 21 at 199.

(128) *Ibid.* at 199.

(129) Operation Dismantle v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 441, 454. See Charney, *supra* note 10 at 3-4. この事件で原告は、核戦争の危険が相当程度に高まっていることを示す学説を提示したが、最高裁は、健全な猜疑心をもってこの証拠にアプローチしたとされつつ<sup>91</sup>。Charney, *ibid.* at 4.

(130) *ibid.* at 5.

(131) R. v. Sharpe, [2001] 1 S.C.R. 45, at para 85.

(132) Adler v. Ontario, [1996] 3 S.C.R. 609 at para. 218. See Charney, *supra* note 10 at 4-5. なお、時國・前掲注(2)二四頁は、立法府の認定する事実は、絶対の真理、客観的真実であることはあり得ないことを強調し、正反対の説のいずれが正しいかにつき学問の進歩によって証明されるまで立法府は手をこまねいている必要はないとする。

(133) Swinton, *supra* note 21 at 201.



(134) Ibid. at 202. の点、神崎一郎「法律と条例の関係における『比例原則』『合理性の基準』『立法事実』」自治研究八五卷八号一〇〇頁（二〇〇九年）は、「立法事実」の基礎となる「生のデータ」が不十分であったとしても、容易に害悪の発生が予想することができ、立法府においてその立法が必要であるとの法的価値判断がなされているならば、立法を行なうことが可能であるとしている。「立法事実」の判断にあたり、「生のデータの集積」と規範的处理がなされた「本来の意味における立法事実」とを取り違えないことが必要であるとする。

(135) Swinton, *Ibid.* at 204-05.